



TRABAJO FIN DE GRADO

GRADO EN DERECHO

CURSO ACADÉMICO 2019-2020

**LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN: SITUACIÓN
NORMATIVA ACTUAL EN ESPAÑA**

**GESTATION BY SUBSTITUTION: CURRENT
REGULATORY SITUATION IN SPAIN**

AUTORA:

SILVIA GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ

DIRECTORA:

LAURA FERNÁNDEZ ECHEGARAY

Resumen del Trabajo Fin de Grado

Curso académico 2019-2020

Titulación oficial de Grado en Derecho

Título del Trabajo: La situación actual de la gestación por sustitución

Work title: The situation of gestation by substitution

Estudiante solicitante: Silvia Gutiérrez Fernández

Tutor/a del Trabajo Fin de Grado: Laura Fernández Echegaray

Resumen:

La familia es un hecho social, que continuamente va cambiando, no hay modelos únicos de familia. Y concretamente en el derecho de filiación, antes se tenía que mantener una relación sexual con la finalidad de que posteriormente se fuese padre o madre, y en el caso de no poder concebirlo se acudía a la adopción. Pero gracias a los grandes avances científicos y tecnológicos, con las técnicas de reproducción humana, se consigue separar la reproducción humana de la sexualidad. En el presente trabajo se analiza la gestación por sustitución, una técnica, que podría ser introducida en nuestro ordenamiento jurídico. Sin embargo, dicha figura causa muchos descontentos, sobre todo a nivel moral y ético, pero a pesar de ello, no deja de ser una realidad presente en todo el mundo.

Palabras clave:

Maternidad subrogada, gestación por sustitución, vientre de alquiler.

Abstract:

The family is a social fact, which is constantly changing, there are no unique family models. And specifically, in the right of filiation, before had to maintain a sexual relationship with the purpose of later becoming a father or mother, and in the case of not being able to conceive it went to adoption. But thanks to the great scientific and technological advances, with the techniques of human reproduction, it is possible to separate human reproduction from sexuality. In the present work the gestation by substitution is analyzed, a technique that could be introduced in our legal system. However, this figure causes many discontents, especially at a moral and ethical level, but despite this, it is still a reality present throughout the world.

Key words:

Surrogacy motherhood, gestation by substitution, womb for hire.

ABREVIATURAS Y SIGLAS

Art/art.	Artículo
CC	Código Civil
CE	Constitución Española
Núm./núm.	Número
Cit.	Obra citada
Pág./pp.	Página/páginas
TS	Tribunal Supremo
TC	Tribunal Constitucional
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
TSJ	Tribunal Superior de Justicia
STSJ	Sentencia del Tribunal Superior de Justicia
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
STEDH	Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos
TRHA	Técnicas de reproducción humana asistida
DGRN	Dirección General de los Registros y del Notariado de la Administración Española
LTRHA	Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida
RRC	Reglamento del registro civil
CDN	Convención sobre los derechos del niño
CEDH	Convenio Europeo de derechos humanos

LRC	Ley del Registro Civil de 1957
LEC	Ley de enjuiciamiento civil
IDGRN	Instrucción de la dirección general de los registros y del notariado
UE	Unión Europea
LGSS	Ley General de la Seguridad Social
ET	Estatuto de los trabajadores
INSS	Instituto Nacional de la Seguridad Social
DDFF	Derechos fundamentales
HCCH	La Conferencia de La Haya sobre Derecho Internacional Privado

Sumario

1. INTRODUCCIÓN.....	9
2. NATURALEZA JURÍDICA, TERMINOLOGÍA Y CONCEPTO	11
3. MODALIDADES DE LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN	14
4. SITUACIÓN Y CONSECUENCIA DE LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN EN ESPAÑA	16
4.1 REAL DECRETO DE 24 DE JULIO DE 1889 POR EL QUE SE PUBLICA EL CÓDIGO CIVIL	16
4.2 LEY DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA DE 14/2006 DE 26 DE MAYO.....	17
4.3 LEY ORGÁNICA 10/1995, DE 23 DE NOVIEMBRE, DEL CÓDIGO PENAL	19
4.4 RESOLUCIÓN DE 18 DE FEBRERO DE 2009 DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO.....	20
4.5 SENTENCIA DE 15 DE SEPTIEMBRE DE 2010 DEL JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA Nº 15 DE VALENCIA	23
4.6 INSTRUCCIÓN DE 5 DE OCTUBRE DE 2010 DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO.....	24
4.7 SENTENCIA DE 23 DE NOVIEMBRE DE 2011 DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE VALENCIA.....	27
4.8 SENTENCIA DE 6 DE FEBRERO DE 2014.....	28
4.9 ORDEN DEL MINISTERIO DE JUSTICIA DE JULIO DE 2014.....	31
4.10 INSTRUCCIÓN DE 14 DE FEBRERO DE 2019, DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO, SOBRE ACTUALIZACIÓN DEL REGIMEN REGISTRAL DE LA FILIACIÓN DE LOS NACIDOS MEDIANTE GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN	32
4.11 INSTRUCCIÓN DE 18 DE FEBRERO DE 2019, DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO, SOBRE ACTUALIZACIÓN DEL REGIMEN REGISTRAL DE LA FILIACIÓN DE LOS NACIDOS MEDIANTE GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN	34
5. SITUACIÓN EN ESPAÑA TRAS LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 6 DE FEBRERO DE 2014.....	35
5.1 SSTEDH DE 26 DE JUNIO DE 2014 CONTRA FRANCIA: ASUNTO MENNESSON CONTRA FRANCIA Y ASUNTO LABASSE CONTRA FRANCIA	35
5.2 AUTO DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 2 DE FEBRERO DE 2015.....	37
5.3 CASO FOULON Y BOUVET CONTRA FRANCIA. SENTENCIA DE 21 DE OCTUBRE DE 2014.....	37
5.4 PRIMERA OPINIÓN DEL TEDH SOBRE GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN .	39
6. LA JURISDICCIÓN SOCIAL: SENTENCIA DE 25 DE OCTUBRE DE 2016 Y SENTENCIA DE 16 DE NOVIEMBRE DE 2016.....	40

6.1	SSTS DE 25 DE OCTUBRE DE 2016 Y DE 16 DE NOVIEMBRE DE 2016.....	41
7.	PROPUESTAS A FAVOR DE LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN.....	42
7.1	PROPUESTA DE BASES GENERALES PARA SU REGULACIÓN POR EL GRUPO ÉTICA Y BUENA PRÁCTICA DE LA SOCIEDAD ESPAÑOLA DE FERTILIDAD	42
7.2	INICIATIVA LEGISLATIVA POPULAR: LA PROPOSICIÓN DE LEY DE GESTACIÓN SUBROGADA PROMOVIDA POR LA ASOCIACIÓN POR LA GESTACIÓN SUBROGADA EN ESPAÑA	44
7.3	PROPOSICIÓN DE LEY REGULADORA DEL DERECHO A LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN POR EL GRUPO PARLAMENTARIO CIUDADANOS	48
7.4	LA ASOCIACIÓN SON NUESTROS HIJOS	52
8.	PROPUESTAS EN CONTRA DE LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN	53
8.1	INFORME DESFAVORABLE DEL CÓMITE DE BIÓTICA EN ESPAÑA.....	53
8.2	ASOCIACIÓN MUJERES PARA LA SALUD (NO SOMOS VASIJAS).....	54
9.	HIPOTÉTICA REGULACIÓN GARANTISTA PROPUESTA POR EL GRUPO DE OPINIÓN DEL OBSERVATORIO DE BIOÉTICA Y DERECHO	55
10.	LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN EN LAS INSTITUCIONES EUROPEAS.....	56
10.1	EL PARLAMENTO EUROPEO	56
10.2	CONSEJO DE EUROPA	57
11.	CONCLUSIONES	58
	BIBLIOGRAFÍA	62

“No deberíamos temer cambiar leyes que correspondan a los cambios que se han producido en la sociedad y la ciencia. Desde finales del siglo XIX, cualquier cambio relacionado con la familia ha llevado a la sociedad al pánico: el divorcio, la igualdad de los derechos de los padres, el aborto... ¡Siempre se nos está diciendo que un apocalipsis está a punto de pasar, y nunca pasa!”¹

ELISABETH ROUDINESCO

¹ ROUDINESCO, E.: “La familia en desorden”, Editorial Anagrama, Barcelona, 2004.

1. INTRODUCCIÓN

En todo el mundo, y en todas las épocas históricas, se ha dado importancia a la familia. No hay un modelo único de familia. La familia es un hecho social, que continuamente va cambiando, no hay modelos familiares concluidos².

En el derecho de filiación, antes se tenía que mantener una relación sexual con la finalidad de que posteriormente se lograra poder ser padre o madre. Y en el caso de no poder concebirlo, se acudía a la adopción. Pero gracias a los grandes avances científicos y tecnológicos, con las técnicas de reproducción humana asistida (TRHA) se ha generado lo que se conoce como una reproducción evolutiva. Con estas técnicas se consigue separar la reproducción humana de la sexualidad, es decir, es posible el sexo sin que ello tenga que conllevar a la reproducción siempre³.

Además, estas técnicas resuelven los problemas que puedan surgir en el proceso natural de reproducción. De esta manera, la ciencia consigue mitigar algunas situaciones, y así conseguir los resultados del proceso natural reproductivo⁴.

Por esto, en la actualidad, han ido surgiendo numerosos conflictos legales, éticos, bioéticos y sociales, para los cuales la humanidad no está preparada, ya que exigen nuevos cambios de pensamiento, nuevas perspectivas, razonamientos, como es el caso de la gestación por sustitución, de la cuál voy a hablar en este trabajo⁵.

La figura de la gestación por sustitución rompe con la regla del derecho romano “*mater semper certa est*”, es decir, la madre es siempre cierta, principio que relaciona la maternidad con el hecho del parto⁶.

Esta figura no ha surgido mediante las técnicas de reproducción humana asistida, sino anteriormente ya estaba muy presente. Tanto, que desde el Antiguo Testamento ya se

² SÁNCHEZ MARTÍNEZ M.ª.: “La Gestación por sustitución. Una consecuencia lógica de la libertad reproductiva o un caso dramático de las reproducciones asistidas”, Universidad de Cantabria, 27 de mayo, 2016 Número 36, Época II, enero 2017, pág. 92.

³ LAMM, E.: “Gestación por sustitución. Ni maternidad subrogada ni vientres de alquiler”, Edicions Universitat de Barcelona, 16 de diciembre, 2013, pág.17.

⁴ SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, C.: “Gestación por sustitución: una realidad y dos soluciones en la experiencia jurídica española”, InDret Revista para el análisis del Derecho de Barcelona, octubre, 2018, pág.11.

⁵ ARTETA ACOSTA C.: “Maternidad subrogada”, Revista de Ciencias Biomédicas, Cartagena (Colombia) febrero, 2011, pág. 92.

⁶ LAMM, E.: “Gestación por sustitución. Realidad y Derecho”, InDret Revista para el análisis del Derecho, Barcelona, Julio, 2012, pág. 5.

hacía referencia a ella. En este punto destaco el libro (Génesis, 16,14) del Antiguo Testamento que relata la historia de Sarah, la esposa de Abraham, la cual no podía tener hijos. Y al tener el deseo de ser madre y no tener la capacidad para ello, le pidió a su esposo Abraham que tuviese relaciones sexuales con su esclava Agar, y así, poder tener a su hijo Ismael⁷.

Sin embargo, el primer contrato de gestación por sustitución documentado no fue hasta 1976, mediante Noel Keane, un abogado que, en Estados Unidos, creó la “*Surrogate family service Inc*”, con el fin de ayudar a parejas con dificultades para concebir⁸.

Al principio lo que más se practicaba era la gestación por sustitución tradicional, es decir, la gestante aportaba sus propios gametos. No obstante, esto ha ido cambiando poco a poco con la fertilización in vitro en 1978.

Siguiendo en esta línea, en 1980 en Estados Unidos se produjo el conocido caso *Baby M* mediante el cual, Mary Beth Whitehead respondió a un anuncio del Centro de Infertilidad de Nueva York publicado en el “*Asbury park press*”, en el que se buscaban a mujeres que estuviesen dispuestas a ayudar a parejas infértiles a tener bebés. De esta forma, la señora y el señor Stern, suscribieron un contrato de gestación por sustitución, con Mary Beth. La señora Stern padecía una enfermedad que le dificultaba la capacidad para concebir un bebé. Por ello, se acordó en dicho contrato, que la señora Whitehead sería inseminada artificialmente con el semen del señor Stern, gestaría al bebé. Y posteriormente, se lo entregaría al matrimonio Stern. Renunciando con ello a todos los derechos filiatorios. Recibiendo a cambio 10.000 dólares más gastos médicos. Sin embargo, tras el nacimiento del bebé Mary Beth Whitehead se negó a entregar a la niña, y a renunciar a la relación materno – filial. Ante este conflicto, el matrimonio acudió a los tribunales. El Tribunal Supremo de Nueva Jersey, determinó que, aunque el contrato fuese nulo, prevaleciendo siempre el interés superior del niño como factor determinante, y después de escuchar a los peritos y testigos y tomar en consideración distintos elementos

⁷ LAMM, E.: “*Gestación por sustitución. Ni maternidad subrogada ni vientres de alquiler*” Edicions Universitat, Barcelona, 16 de diciembre 2013, pág.20.

La biblia en su antiguo testamento cuenta que Sara dijo a Abraham: “*Mira, el Señor me ha hecho estéril: así que acuéstate con tu esclava, a ver si por medio de ella puedo tener hijos*”.

Asimismo, la Biblia en (Génesis, 30,3,) también cuenta otra situación en la que Raquel dijo a Jacobo: “*Aquí tienes a mi esclava Bilhá. Únete a ella y que dé a luz sobre mis rodillas. Así, por medio de ella, yo también podré tener hijos*”. Hay que destacar que en estos dos relatos de la Biblia las mujeres gestantes son esclavas, con ello expongo uno de los problemas que plantean las feministas que podría causar la gestación por sustitución, como es la cosificación de la mujer.

⁸ ARTETA ACOSTA, C.: “*Maternidad subrogada*”, Ob. Cit., págs. 91 a 97.

de la vida familiar de ambas parejas, falló concediendo la custodia permanente a William y Elizabeth Stern, permitiendo a la señora Whitehead un derecho de visita⁹.

El primer caso de gestación gestacional no tuvo lugar hasta 1984. En ese momento por primera vez, una mujer infértil podía tener hijos genéticamente suyos, sin que la mujer gestante tuviese ninguna vinculación genética con el niño¹⁰.

En España tuvo lugar la primera inscripción de un bebé en la Dirección General de los Registros y del Notariado de la Administración Española, (en adelante DGRN) en 2009¹¹.

La práctica de la gestación por sustitución no ha dejado de crecer y se estima que está por encima de las tasas de adopción internacional. En el mundo nacen entorno a unas 20.000 niñas/os y niños a través de esta práctica y se estima que cerca de 800 a 1.000 tienen madres y/o padres españoles¹². Esto puede deberse, entre otras cosas, a que los requisitos para la adopción se han reforzado. Y resultan infructuosos en muchos casos, por la dificultad, de los costes y los trámites burocráticos. Además de que no debemos olvidar de que el verdadero fin jurídico de la adopción no es el derecho a formar una familia ni cumplir los derechos reproductivos de los padres, sino que es al niño al que se le otorga una familia y no a la familia un niño.

2. NATURALEZA JURÍDICA, TERMINOLOGÍA Y CONCEPTO

En primer lugar, comenzaré diciendo que la naturaleza jurídica de este contrato es atípica, pues carece de una regulación legal. Se podría hacer una comparación con el de arrendamiento de servicios o con el de arrendamiento de obra. Porque el contrato le suscriben normalmente tres partes; por un lado, la mujer gestante, que es la que se presta para gestar el bebé en su útero. Por otro lado, los comitentes o una persona, ya sea hombre o mujer, que desea ser madre/padre. Y, por último, el equipo médico que es el que

⁹ LAMM, E.: “*Gestación por sustitución. Ni maternidad subrogada ni vientres de alquiler*”, Ob. Cit., pág. 21.

¹⁰ LAMM, E.: “*Gestación por sustitución. Ni maternidad subrogada ni vientres de alquiler*” Ob. Cit., pág. 17.

¹¹ http://www.euskadi.eus/contenidos/informacion/publicaciones_informes/es_emakunde/adjuntos/ges_su_b_vie_alq_informe.pdf

¹² Ibídem.

implanta el embrión fecundado a la mujer gestante¹³. También se podría asemejar a una donación en el supuesto en que el contrato se realizase a título gratuito¹⁴.

En cuanto a su terminología, esta debe de ser clara, adecuada y lo más neutra posible, este contrato es conocido con el nombre de maternidad subrogada.

No obstante, también es conocida esta figura controvertida por otras expresiones como “madres portadoras” “madres suplentes” “donación temporaria de útero” “maternidad de encargo” “maternidad sustituta” “maternidad de alquiler¹⁵ o alquiler de útero”. Esta última terminología debe de ser criticada por su incorrecta precisión, pues la gestación supone algo que va mucho más allá, supone la disposición de la mujer gestante, de todo su ser, para atender el embarazo ¹⁶.

No obstante, según la Real academia española, subrogar es “*sustituir o poner una persona o cosa en lugar de otra* “, esto abarca la situación en la que la mujer gestante participa tanto en la gestación como en la aportación del material genético. Pero, es que esta situación no se produce siempre, por ello se ha comenzado a utilizar el término sustitución “*para especificar que se gesta para otro y por otro que no puede hacerlo.*” Además de que la gestante no es la madre por lo que la expresión maternidad no es la correcta, ya que madre significa mucho más que gestar un bebé y parirlo, es decir, no engloba solo el hecho de que biológicamente ocurra el proceso de reproducción, sino que va más allá. Por esta razón es mejor hablar de gestación, pues de lo que realmente se trata es de prestar el útero, en algunos casos de ayudar a esa mujer que no puede gestar por sí misma un bebé, y dicho embrión puede tener relación genética con la mujer gestante o no¹⁷.

Por ello, tal y como dicen GALVÁN y LAMM, la mejor terminología para esta figura sería la de gestación por sustitución, pues es el término que más se adecúa en mayor grado a la realidad. Además, es la terminología que recoge la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre

¹³ FERNÁNDEZ ECHEGARAY L.: “*La Gestación por sustitución*”, En “*La paternidad y maternidad en el siglo XXI*”, Edit. Comares, Granada, 2015, pág. 137.

¹⁴ AZNAR DOMINGO A, Y DELGADO SÁNCHEZ A.: “*Regulación y análisis de la Gestación por sustitución en España.*” Edit. Wolters Kluwer, Diario la Ley, Nº 9099, sección tribuna, 14 de diciembre de 2017.

¹⁵ LAMM, E.: “*Gestación por sustitución. Ni maternidad subrogada ni vientres de alquiler*” Ob. Cit., pág. 25.

¹⁶ PEREZ MONGE, M.,” *La filiación derivada de técnicas de reproducción asistida*” Madrid, 2002, pág.330.

¹⁷ LAMM, E.: “*Gestación por sustitución. Ni maternidad subrogada ni vientres de alquiler*”, Ob. Cit. pág. 25.

técnicas de reproducción humana asistida ¹⁸, en su artículo 10. Así como la Comisión Especial de Estudio de la Fecundación in vitro y la inseminación Artificial Humanas (Comisión Palacios)¹⁹.

En cuanto al concepto de gestación por sustitución, éste ha ido evolucionando con el transcurso del tiempo. Anteriormente, solo era posible la gestación por sustitución, a través de la inseminación artificial, y con la gestación tradicional, es decir, la mujer gestante aportaba sus propios gametos. Además, los comitentes debían de ser una pareja casada y heterosexual. Por otro lado, la mujer deseosa de tener un bebé tenía que ser infértil y el hombre aportar sus gametos²⁰.

Más tarde, no se distinguía el método o la técnica que provoca el embarazo y se contemplaba la posibilidad de que la gestante aportará o no los gametos (gestación por sustitución gestacional) ²¹.

No obstante, lo dicho hasta ahora no contempla la posibilidad de que la pareja comitente esté formada por dos hombres, o que el padre deseoso sea un hombre solo ²².

Por ello, posteriormente fueron surgiendo otros conceptos. En este sentido se ubica, PÉREZ MONGE, define la gestación por sustitución *“como aquel contrato oneroso o gratuito, por el cual una mujer aporta únicamente la gestación, o también su óvulo, comprometiéndose a entregar el nacido a los comitentes (una persona o pareja, casada o no), que podrán aportar o no sus gametos; en este caso los gametos procederán de un donante, el cual puede ser masculino o femenino”* ²³.

En esta línea, LAMM entiende que, *“la gestación por sustitución es una forma de reproducción asistida, por medio de la cual una persona, denominada gestante, acuerda con otra persona, o con una pareja, denominadas comitente, gestar un embrión con el*

¹⁸ Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida. BOE núm. 126, de 27/05/2006.

¹⁹ LAMM, E.: *“Gestación por sustitución. Ni maternidad subrogada ni vientres de alquiler”*, Ob. Cit., pág.25.

²⁰ *Ibíd*em pág. 23.

²¹ *Ibíd*em. En este sentido Brazier, opina que la gestación por sustitución es la *“práctica mediante la cual una mujer lleva un embarazo para otra/s persona/s como resultado de un acuerdo, previo a la concepción, de que el niño debe ser entregado a esa/s persona/s después de nacer”*.

²² *Ibíd*em.

²³ PEREZ MONGE, M.: *“La filiación derivada de técnicas de reproducción asistida”* Ob. Cit., pág.328.

fin de que la persona nacida tenga vínculos jurídicos de filiación con la parte comitente”²⁴.

Asimismo, FERNÁNDEZ ECHEGARAY entiende que *“la gestación por sustitución implica que una mujer, a través de un acuerdo (oneroso o lucrativo), acepta quedarse embarazada, generalmente mediante la aplicación de técnicas de reproducción asistida, con el fin de engendrar y dar a luz a un hijo que será criado como propio por una pareja o persona en solitario. En todo caso, la madre gestante renuncia a cualquier tipo de inscripción o derecho en relación al nacido”²⁵.*

Por último destaco el concepto de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 23 de noviembre de 2011, al ser una definición más aceptada por la doctrina *“un contrato, oneroso o gratuito, a través del cual una mujer consiente en llevar a cabo la gestación, mediante técnicas de reproducción asistida, aportando o no también su óvulo, con el compromiso de entregar el nacido a los comitentes, que pueden ser una persona o una pareja, casada entre sí o no, que a su vez puede aportar o no sus gametos”²⁶.*

3. MODALIDADES DE LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN

Del contrato de gestación por sustitución, el cual puede ser de carácter oneroso o gratuito, se diferencian claramente dos partes:

- ❖ **Comitentes o padre o madre deseosa:** Es la persona o personas que desean ser padres, ya sea un matrimonio, pareja de hecho, persona que se encuentre sola sea hombre o mujer.
- ❖ **La mujer gestante:** Es la mujer que se presta a gestar el embrión, el cual normalmente es implantado recurriendo a la fecundación in vitro, y dar a luz al bebé. Cuando nazca dicho bebé, esta mujer renunciaría de acuerdo con el contrato de gestación por sustitución a todos los derechos de maternidad, para que, de esta manera, la comitente si la hubiese, adopte al bebé²⁷.

²⁴ LAMM, E.: *“Gestación por sustitución. Ni maternidad subrogada ni vientres de alquiler”* Ob. Cit., pág. 24.

²⁵ FERNÁNDEZ ECHEGARAY L.: *“La Gestación por sustitución”*, En *“La paternidad y maternidad en el siglo XXI”*, Ob. Cit., pág.135.

²⁶ GONZÁLEZ VILAR, S.: *“Situación actual de la Gestación por sustitución”* Revista de Derecho UNED, núm. 14, 2014, Págs. 897-931.

²⁷ AZNAR DOMINGO A, Y DELGADO SÁNCHEZ A.: *“Regulación y análisis de la Gestación por sustitución en España”*, Ob. Cit. Pág. 44.

Asimismo, existen dos modalidades de gestación por sustitución, por un lado, la tradicional, en este supuesto la mujer que gesta el embrión en su vientre es en realidad la madre genética. Se utiliza en esta modalidad, su propio óvulo y el espermatozoides del varón comitente o de un donante, en este último caso el comitente o los comitentes no aportarían ningún material genético²⁸. Por tanto, el niño no tiene ninguna vinculación genética si hay una madre comitente mientras que, si hay un padre comitente, se puede dar el caso de que se utilice su espermatozoides para fecundar el óvulo de la mujer gestante. En esta modalidad, se suele recurrir a la inseminación artificial, aunque también se puede producir a través del sexo, o la inseminación casera²⁹.

Mientras que, en la gestación por sustitución gestacional, en este caso entre el bebé y la mujer gestante no existe ningún vínculo genético. La mujer gestante lo único que hace es gestar el embrión, y la comitente o madre deseosa, aporta el óvulo. Este óvulo será fecundado por el espermatozoides del padre comitente, y posteriormente se implantará el embrión en la mujer gestante, la cual dará a luz a ese bebé³⁰.

No obstante, pueden suceder otras situaciones; en el caso de las parejas de hombres homosexuales, uno de ellos aporta el semen con el que se fecunda el óvulo, normalmente este óvulo es de una donante y luego se le implanta a la gestante. También podría suceder que existiese un donante de semen, el cuál fecundaría el óvulo de la madre deseosa, y que después se implantase dicho óvulo fecundado en la mujer gestante. Y, por último, puede suceder que haya una donación de óvulo y semen, en estos casos necesariamente se debe de recurrir a la fertilización in vitro³¹.

Esta segunda modalidad es la más habitual porque la mujer gestante no tiene ninguna vinculación genética con el bebé³².

Entre los motivos por los que se recurre a esta figura son; la infertilidad, unido a una imposibilidad para poder adoptar³³, situaciones de riesgo durante el embarazo, o que,

²⁸ FERNÁNDEZ ECHEGARAY L.: "La Gestación por sustitución", En "La paternidad y maternidad en el siglo XXI", Ob. Cit., pág. 136.

²⁹ LAMM, E. "Gestación por sustitución. Ni maternidad subrogada ni vientres de alquiler" Ob. Cit., pág.27.

³⁰ FERNÁNDEZ ECHEGARAY L.: "La Gestación por sustitución", En "La paternidad y maternidad en el siglo XXI", Ob. Cit., pág. 136.

³¹ LAMM, E.: "Gestación por sustitución. Ni maternidad subrogada ni vientres de alquiler, Ob. Cit., pág.28.

³² FERNÁNDEZ ECHEGARAY, L.: "La Gestación por sustitución", En "La paternidad y maternidad en el siglo XXI", Ob. Cit., pág.136.

³³ PEREZ MONGE, M.: "La filiación derivada de técnicas de reproducción asistida", Ob. Cit., pág.332.

aunque sus óvulos sean sanos y apropiados no tienen capacidad de gestar. En el caso de parejas homosexuales de hombres, es el único supuesto que tienen para que el niño sea genéticamente suyo³⁴.

4. SITUACIÓN Y CONSECUENCIAS DE LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN EN ESPAÑA

4.1 REAL DECRETO DE 24 DE JULIO DE 1889 POR EL QUE SE PUBLICA EL CÓDIGO CIVIL

Si acudimos al Código civil de nuestro ordenamiento jurídico, no vemos que haya una prohibición legal como tal en el contrato de gestación por sustitución, sin embargo, si se produce la nulidad de pleno derecho³⁵. Esto se deduce en primer lugar, del artículo 1271³⁶ del CC, el cual establece que este tipo de contrato no tiene un objeto con el que puedan comerciar los hombres. Asimismo, el artículo 1275³⁷ del CC, señala que no producen efectos jurídicos los contratos con causa ilícita, siendo este contrato ilícito por ir en contra de la ley y la moral. Por último, el artículo 1255³⁸ del CC, dispone que los contratantes pueden establecer los pactos y acuerdos que tengan por convenientes, pero éstos nunca podrán ser contrarios a las leyes, la moral ni al orden público.

De esta manera, podemos observar que, acudiendo al Código Civil, se puede ver que hay un rechazo a esta figura en España, esto también lo podemos ver en otros

³⁴ FERNÁNDEZ ECHEGARAY L.: "La Gestación por sustitución", En "La paternidad y maternidad en el siglo XXI", Ob. Cit., pág.137.

³⁵ MURGA FERNÁNDEZ, J.: "La controvertida maternidad subrogada o gestación por sustitución: Status Quaestionis en el ordenamiento jurídico español y perspectivas de futuro", En "El mejoramiento humano avances, investigaciones y reflexiones éticas y políticas", Edit. Comares, Granada, 2015, pág. 611.

³⁶ Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil. BOE, núm. 206, 25/1889/07 Pueden ser objeto de contrato todas las cosas que no están fuera del comercio de los hombres, aun las futuras. Pueden ser igualmente objeto de contrato todos los servicios que no sean contrarios a las leyes o a las buenas costumbres.

³⁷ Ibídem. "Los contratos sin causa, o con causa ilícita, no producen efecto alguno. Es ilícita la causa cuando se opone a las leyes o a la moral".

³⁸ Ibídem. "Los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral ni al orden público".

ordenamientos jurídicos como el de Francia, el cual lo deja aún más claro, en su artículo 16.7³⁹.

4.2 LEY DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA DE 14/2006 DE 26 DE MAYO

La gestación por sustitución no está prohibida en nuestro ordenamiento jurídico, sin embargo, el artículo 10 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida (en adelante LTRHA) establece la nulidad de pleno derecho sobre los contratos de gestación por sustitución, independientemente de que sea realizado a cambio de una prestación económica o no⁴⁰. De esta forma la norma deja claro que se posiciona en una situación en la que está totalmente en contra de la regulación de esta figura. Y si se llega a celebrar tal contrato la ley determina que la madre es la que pare siguiendo el principio “*mater semper certa est*” como claramente enfatiza en el artículo 10.2 de la LTRHA⁴¹.

Por otro lado, el artículo 10.3 de la LTRHA recoge la acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, de esta forma los niños pueden tener la filiación biológica paterna⁴². El propio artículo 39 CE consagra la investigación de la paternidad, reconociendo el derecho de todo individuo al conocimiento de su filiación biológica. Así como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, (TEDH) el cual lo incorpora en el artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, en el derecho a la vida privada del individuo. Sin embargo, la norma no contempla la posibilidad de la determinación de la filiación biológica materna en este supuesto, causando en mi opinión una discriminación frente a la mujer, ya que ella tendría que recurrir a la adopción.

³⁹https://www.google.com/search?q=codigo+frances+en+idioma+frances&rlz=1C1CHBD_esES792ES792&oq=codigo+frances+en+idioma+frances&aqs=chrome.69i57.7695j1j4&sourceid=chrome&ie=UTF-8#. El código civil francés (artículo 16.7) establece que “Todo convenio relativo a la procreación o la gestación por cuenta de otro será nulo.”

⁴⁰ FERNÁNDEZ ECHEGARAY L.: “La Gestación por sustitución”, En “La paternidad y maternidad en el siglo XXI”, Ob Cit., pág. 137.

⁴¹ LAMM E.: “Una vez más sobre gestación por sustitución, porque sin marco legal se siguen sumando violaciones a derechos humanos” Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca, junio, 2016, págs. 62-63.

⁴² Ibídem.

La diferencia de trato entre la determinación de la filiación paterna y materna puede establecer un trato no amparado por el artículo 14 CE, al imposibilitar a la mujer comitente la reclamación de filiación del bebé nacido de sus óvulos ⁴³.

En esta línea en el informe Québec, presentado al XXI Congreso del Notariado Latino, se enfatizó en la necesidad de modificar la legislación para que pueda atribuirse jurídicamente la filiación a la madre comitente. Asimismo, O'CALLAGHAN, en este punto, plantea que tendría que aplicarse el artículo 39.2 CE de protección integral de los hijos y, con ello, considerar madre a la persona que más pueda proteger, atender, cuidar al menor⁴⁴.

La nulidad del contrato mencionada, se lleva contemplando desde su antigua regulación en la ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre técnicas de Reproducción Asistida, ⁴⁵ disponiendo la misma consecuencia jurídica, es decir, la nulidad del contrato⁴⁶. Todo esto conlleva, que si se llega a celebrar un contrato de gestación por sustitución en España el resultado no sería el deseado por la comitente o la mujer deseosa de ser madre, ya que ésta no figuraría como madre legal a efectos de nuestro ordenamiento jurídico, pues siguiendo el principio “*mater semper certa est*”, la mujer que pare es la madre ⁴⁷. Con ello, la mujer gestante que presta su útero para poder gestar al bebé sería su madre legalmente, sin haber tenido ningún tipo de intención de serlo. Esto deriva de razonamientos que hacen referencia a situaciones que podrían darse como consecuencia de este contrato, es decir, situaciones de explotación a la mujer y niños, la cosificación o mercantilización del cuerpo de la mujer, protección de la integridad física y moral, así como la vulneración de la dignidad de la mujer y el bebé. Por otro lado, otros profesionales entienden, que esta regulación ha quedado obsoleta por la realidad social,

⁴³ NÚÑEZ BOLAÑOS M, Y NICASIO JARAMILLO I, Y PIZARRO MORENO E.: “*El interés del menor y los supuestos de discriminación en la maternidad subrogada, entre la realidad jurídica y la ficción*” Derecho Privado y Constitución, Núm. 29, 27 de noviembre, 2015. Págs. 227-261.

⁴⁴ PEREZ MONGE, M.: “*La filiación derivada de técnicas de reproducción asistida*”, Ob cit., Pág.323.

⁴⁵ Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida. BOE núm. 126, de 27/05/2006.

⁴⁶ AZNAR DOMINGO A, Y DELGADO SÁNCHEZ A.:” *Regulación y análisis de la Gestación por sustitución en España.*” Ob. cit. pág. 44.

⁴⁷ FERNÁNDEZ ECHEGARAY L.:” *La Gestación por sustitución*”, En “*La paternidad y maternidad en el siglo XXI*”, Ob. Cit., pág. 138.

de manera que debería ser derogada y superada, o que al menos se permitiese en ciertos casos esta figura⁴⁸.

Aun así, habría que destacar el respeto a la verdad biológica en el supuesto en el que la mujer gestante no aporte sus propios gametos. O la libertad y voluntad, de las personas que realizan este contrato. Y por supuesto, por encima de todo, el interés superior del niño⁴⁹.

No obstante, hoy en día, no se puede reclamar lo pactado ni exigir lo entregado (arts. 1305⁵⁰ y 1306⁵¹ del CC)⁵².

4.3 LEY ORGÁNICA 10/1995, DE 23 DE NOVIEMBRE, DEL CÓDIGO PENAL

Aunque el contrato de gestación por sustitución sea nulo, la ley de técnicas de reproducción humana asistida no recoge ninguna sanción para las partes que suscriben dicho contrato⁵³. Por otro lado, nuestro Código Penal contempla en el capítulo II “De la

⁴⁸ CALVO CARAVACA, A.L., Y CARRASCOSA GONZALEZ, J.: “Gestación por sustitución y derecho internacional privado. Más allá del tribunal supremo y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”. Cuadernos de Derecho Transnacional (octubre 2015), Vol. 7, Nº 2, págs. 45-113.

⁴⁹ SÁNCHEZ MARTÍNEZ M.ª: “La Gestación por sustitución. Una consecuencia lógica de la libertad reproductiva o un caso dramático de las reproducciones asistidas”, Ob Cit., pág. 30.

⁵⁰ Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, BOE, núm. 281, 24/10/1995. El artículo 1305 del Código civil establece que, Cuando la nulidad provenga de ser ilícita la causa u objeto del contrato, si el hecho constituye un delito o falta común a ambos contratantes, carecerán de toda acción entre sí, y se procederá contra ellos, dándose, además, a las cosas o precio que hubiesen sido materia del contrato, la aplicación prevenida en el Código Penal respecto a los efectos o instrumentos del delito o falta.

Esta disposición es aplicable al caso en que sólo hubiere delito o falta de parte de uno de los contratantes; pero el no culpado podrá reclamar lo que hubiese dado, y no estará obligado a cumplir lo que hubiera prometido.

⁵¹ Ibídem. Además, el artículo 1306 del CC plantea que, si el hecho en que consiste la causa torpe no constituyere delito ni falta, se observarán las reglas siguientes:

1.ª Cuando la culpa esté de parte de ambos contratantes, ninguno de ellos podrá repetir lo que hubiera dado a virtud del contrato, ni reclamar el cumplimiento de lo que el otro hubiese ofrecido.

2.ª Cuando esté de parte de un solo contratante, no podrá éste repetir lo que hubiese dado a virtud del contrato, ni pedir el cumplimiento de lo que se le hubiera ofrecido. El otro, que fuera extraño a la causa torpe, podrá reclamar lo que hubiera dado, sin obligación de cumplir lo que hubiera ofrecido.

⁵² AZNAR DOMINGO A, Y DELGADO SÁNCHEZ A.:” Regulación y análisis de la Gestación por sustitución en España.” Ob. Cit pág 44.

⁵³ CALVO CARAVACA, A.L., Y CARRASCOSA GONZALEZ, J.: “Gestación por sustitución y derecho internacional privado. Más allá del tribunal supremo y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, Ob Cit., págs. 45-113.

suposición de parto y de la alteración de la paternidad, estado o condición del menor” una serie de sanciones en sus artículos 220⁵⁴ y 221⁵⁵.

No obstante, estas sanciones mencionadas, no hablan en realidad del supuesto de la gestación por sustitución, por ello nos podríamos preguntar si realmente se podría aplicar este tipo penal para este supuesto. Además, la Ley sobre el Registro Civil de 8 de junio de 1957⁵⁶ y el Reglamento del Registro Civil de 14 de noviembre de 1958,⁵⁷ permiten la inscripción de las resoluciones judiciales extranjeras firmes, que reconocen la filiación del menor como hijo de los padres comitentes⁵⁸.

4.4 RESOLUCIÓN DE 18 DE FEBRERO DE 2009 DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO⁵⁹

Mediante la resolución de 18 de febrero de 2009, la DGRN se pronunció por primera vez sobre la inscripción de un matrimonio de pareja de hombres como padres biológicos de

⁵⁴ Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, BOE, núm. 281, 24/10/1995. El artículo 220 del Código penal señala que; *1. La suposición de un parto será castigada con las penas de prisión de seis meses a dos años. 2. La misma pena se impondrá al que ocultare o entregare a terceros un hijo para alterar o modificar su filiación. 3. La sustitución de un niño por otro será castigada con las penas de prisión de uno a cinco años.*

4. Los ascendientes, por naturaleza o por adopción, que cometieran los hechos descritos en los tres apartados anteriores podrán ser castigados además con la pena de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de patria potestad que tuvieren sobre el hijo o descendiente supuesto, ocultado, entregado o sustituido, y, en su caso, sobre el resto de hijos o descendientes por tiempo de cuatro a diez años.

5. Las sustituciones de un niño por otro que se produjeran en centros sanitarios o socio-sanitarios por imprudencia grave de los responsables de su identificación y custodia, serán castigadas con la pena de prisión de seis meses a un año.

⁵⁵ *Ibidem.* Dicho artículo 221 del Código Penal establece que; *1. Los que, mediando compensación económica, entreguen a otra persona un hijo, descendiente o cualquier menor aunque no concurra relación de filiación o parentesco, eludiendo los procedimientos legales de la guarda, acogimiento o adopción, con la finalidad de establecer una relación análoga a la de filiación, serán castigados con las penas de prisión de uno a cinco años y de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de la patria potestad, tutela, curatela o guarda por tiempo de cuatro a 10 años.*

2. Con la misma pena serán castigados la persona que lo reciba y el intermediario, aunque la entrega del menor se hubiese efectuado en país extranjero.

3. Si los hechos se cometieran utilizando guarderías, colegios u otros locales o establecimientos donde se recojan niños, se impondrá a los culpables la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de las referidas actividades por tiempo de dos a seis años y se podrá acordar la clausura temporal o definitiva de los establecimientos. En la clausura temporal, el plazo no podrá exceder de cinco años.

⁵⁶ Ley de 8 de junio de 1957 sobre el Registro Civil. BOE. núm. 151, de 10/06/1957.

⁵⁷ Decreto de 14 de noviembre de 1958 por el que se aprueba el Reglamento de la Ley del Registro Civil. BOE. núm. 296, de 11 de diciembre de 1958.

⁵⁸ GONZÁLEZ VILAR, S.: “Situación actual de la Gestación por sustitución” Revista de Derecho UNED, núm. 14, 2014, Págs. 897-931.

⁵⁹ <https://boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2009-8990>.

unos bebés nacidos mediante un contrato de gestación por sustitución^{60 61}celebrado en el extranjero⁶². En este supuesto el matrimonio recurrió a la modalidad de la gestación gestacional, ya que los dos hombres aportaron esperma para la fecundación de un óvulo aportado por una donante que posteriormente fue implantado en el útero de la mujer gestante.

En 2008 el matrimonio, solicita al Registro Civil consular de Los Ángeles (EE. UU) la inscripción de nacimiento de sus hijos gemelos, nacidos en San Diego, California (Estados Unidos) mediante gestación por sustitución. Y para ello, adjuntaron como documentación; los certificados de nacimiento de los menores expedidos por el Registro Civil californiano, certificados de nacimiento de los promotores, y libro de familia de la pareja valenciana, quienes habían contraído matrimonio en España en 2005 ⁶³. Por otro lado, los certificados de nacimiento de los menores no indicaban la filiación materna, ni cuál de los dos hombres había aportado el material genético con el que fueron concebidos. Y ellos solamente declaraban su doble paternidad⁶⁴.

El encargado del Registro Civil Consular, mediante auto de 10 de noviembre de 2008, denegó lo solicitado. Y para ello, hizo referencia a la Ley 14/2006, de 26 de mayo, concretamente a su artículo 10.1, el cual establece como hemos mencionado anteriormente que *“será nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero”*⁶⁵. Así como el artículo 10 LTRHA, que dice que

⁶⁰ En el derecho comparado no existe una posición común respecto de esta figura, los países tienen legislaciones muy diversas sobre ella. Podríamos diferenciar cuatro posiciones; en primer lugar, hay países donde la gestación por sustitución está expresamente prohibida, como por ejemplo en: España, Alemania, Francia, Italia, Suiza, Austria, Bulgaria, Polonia, Islandia México (Querétaro, Coahuila). En segundo lugar, hay países donde se admite la figura, pero con ciertos requisitos (gratuidad) como, por ejemplo, Reino Unido, Brasil, Israel, Grecia, Sudáfrica, Nueva Zelanda, Uruguay, Vietnam, Chipre. En tercer lugar, hay países con una permisividad amplia, es decir, se permite la gestación por sustitución comercial (que medie una retribución económica) como, por ejemplo, India, Rusia, Ucrania, Kazajistán, Bielorrusia, Armenia, Georgia, México (Sinaloa), Estados Unidos: (Texas, Utah, Virginia, New Hampshire, Illinois, Florida, Carolina del sur, Pensilvania, Massachusetts, California). Y, por último, hay países que ni admiten la gestación por sustitución, ni la prohíben, como, por ejemplo, Tailandia y Argentina.

⁶¹ MARCO ATIENZA, C.M.: *“Respuestas jurídicas en España ante la Gestación por sustitución”* Vol. 26 Extraordinario XXV Congreso 2016, comunicaciones, págs. 192- 202. Tal y como menciona MARCO ATIENZA, la India, prohibió a los extranjeros la gestación por sustitución, para acabar con el turismo reproductivo y la explotación de las mujeres.

⁶³<https://www.notariosyregistradores.com/web/secciones/doctrina/articulos-doctrina/gestacion-por-sustitucion/#resolucion>.

⁶⁴ FARNÓS AMORÓS, E.: *“Inscripción en España de la filiación derivada del acceso a la maternidad subrogada en California”* InDret Revista para el análisis del derecho, Barcelona, enero, 2010, págs. 1-25.

⁶⁵ Ley 14/2006 de Técnicas de Reproducción Humana Asistida, BOE núm. 126, de 27/05/2006.

“la filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto”⁶⁶, por tanto, la mujer que pare es considerada legalmente como madre⁶⁷.

Tras esto, el matrimonio interpuso recurso ante la DGRN solicitando la revocación de la denegación, así como la inscripción de los niños en el Registro Civil español con la filiación ya determinada en los asientos del Registro Civil de California. Finalmente, la DGRN, estimó el recurso interpuesto frente a la resolución del encargado del Registro consular y procedió a la inscripción del certificado de nacimiento de los menores con las alusiones de filiación que constan en la certificación registral de California, la cual dice que son hijos de los recurrentes⁶⁸. En este caso, la DGRN entendió que no se vulneraba en modo alguno el orden público internacional español⁶⁹ y que además se estaba protegiendo el interés superior de esos dos menores⁷⁰.

El fundamento de la resolución es la aplicación del art. 81 del reglamento del Registro Civil que considera como título para la inscripción “*El documento auténtico, sea original o testimonio, sea judicial, administrativo o notarial, es título para inscribir el hecho de que da fe. También lo es el documento auténtico extranjero, con fuerza en España con arreglo a las leyes o a los Tratados internacionales*”⁷¹. De esta manera, se establece un control de legalidad que consiste en verificar que se trata de un documento público autorizado por una autoridad registral extranjera que desempeña funciones equivalentes a las autoridades españolas⁷².

Además, se fundamentó también en base a la Convención sobre los Derechos del Niño (en adelante CDN), el Convenio Europeo de Derechos Humanos (en adelante CEDH) y el principio del interés superior del menor, así como en el principio de la tutela judicial

⁶⁶ Ibídem.

⁶⁷ <http://www.legaltoday.com/informacion-juridica/jurisprudencia/civil/resolucion-de-la-direccion-general-de-los-registros-y-del-notariado-de-18-febrero-2009>.

⁶⁸ DÍAZ FRAILE, J.M.^a: “La Gestación por sustitución ante el Registro Civil español, evolución de la doctrina de la DGRN y de la jurisprudencia española y europea” Revista de Derecho Civil, vol. VI, núm. 1 (enero-marzo, 2019), Estudios, págs. 53-131.

⁶⁹ ATIENZA, piensa en relación con esto que, al analizarse la cuestión de orden público internacional, se centraron en la filiación a favor de los dos varones, pero no se centraron en la cuestión de fondo, si la gestación por sustitución es contraria al orden público español o no. ATIENZA, M.: “Bioética, Derecho y argumentación”, palestra, 2ª ed., Lima, 2010, págs.150-153.

⁷⁰ RDGRN de 18 de febrero de 2009 (RJ 2009\1735).

⁷¹ Decreto de 14 de noviembre de 1958 por el que se aprueba el Reglamento de la Ley del Registro Civil, BOE, núm. 296, 11/12/ 1958.

⁷² ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, A Y CARRIZO AGUADO, D.: “Tratamiento legal del contrato de gestación por sustitución el derecho internacional privado español a la luz de la STS de 6 de febrero de 2014. Dime niño, ¿de quién eres...?”, Ob. Cit. págs.59-75.

efectiva⁷³. En esta sentencia se considera que no se vulneraría el orden público internacional español, y que además se podría evitar una discriminación por razón de sexo⁷⁴.

4.5 SENTENCIA DE 15 DE SEPTIEMBRE DE 2010 DEL JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA Nº 15 DE VALENCIA

En esta resolución se revoca la decisión tomada por la DGRN, y para ello se alude al principio de jerarquía normativa, pues el Juez considera preferente la aplicación del artículo 23⁷⁵ de la LRC de 1957, frente a la de los artículos, 81⁷⁶ y 85⁷⁷ del RRC. Asimismo, el precepto legal establece que *“Las inscripciones podrán practicarse, sin necesidad de previo expediente, por certificación de asientos extendidos en Registros extranjeros, siempre que no haya duda de la realidad del hecho inscrito y de su legalidad conforme a la Ley española”*. En este sentido este artículo sí obliga al registrador a realizar un control de fondo del contenido de la certificación extranjera, ya que tiene que comprobar que no incurra en contradicción con la Ley material española, es decir, el art 10.1 LTRHA, y en este caso si pasaría⁷⁸. Asimismo, esta sentencia fue recurrida por el matrimonio mediante recurso de apelación.

⁷³ PERTUSA RODRÍQUEZ, L.: *“Dimensión consular de la Gestación por sustitución en derecho internacional privado”* Revista de la Universidad Carlos III de Madrid, Cuadernos de Derecho Transnacional, 27 de julio, 2018, págs. 597- 614.

⁷⁴ Sentencia del Tribunal Supremo Nº 835/2013 de 6 de febrero de 2014. <https://app.vlex.com/#vid/494106606>.

⁷⁵ Ley de 8 de junio de 1957 sobre el Registro Civil. BOE. núm. 151. 10/06/1957. Su artículo 23 establecía que *“También podrán practicarse, sin necesidad de previo expediente, por certificación de asientos extendidos en Registros extranjeros, siempre que no haya duda de la realidad del hecho inscrito y de su legalidad conforme a la Ley española”*.

⁷⁶ Decreto de 14 de noviembre de 1958 por el que se aprueba el Reglamento de la Ley del Registro Civil. BOE. núm. 296. 11/12/ 1958. El artículo 81 dice que *“El documento auténtico, sea original o testimonio, sea judicial, administrativo o notarial, es título para inscribir el hecho de que da fe. También lo es el documento auténtico extranjero, con fuerza en España con arreglo a las leyes o a los Tratados internacionales”*.

⁷⁷ *Ibidem*. El artículo 85 establece que *“Para practicar inscripciones sin expediente en virtud de certificación de Registro extranjero, se requiere que éste sea regular y auténtico, de modo que el asiento de que se certifica, en cuanto a los hechos de que da fe, tenga garantías análogas a las exigidas para la inscripción por la Ley española. Se completarán por los medios legales los datos y circunstancias que no puedan obtenerse de la certificación o parte extranjero, por no contenerlos, por no merecer, en cuanto a ellos autenticidad o por ofrecer, por cualquier otro motivo, dudas sobre su realidad. La falta de inscripción en el Registro extranjero no impide practicarla en el español mediante título suficiente”*.

⁷⁸ JIMÉNEZ MARTÍNEZ, M.^a.: *“La inscripción de la filiación derivada de la gestación por sustitución. Problemas actuales”* Anuario Facultad de Derecho – Universidad de Alcalá V (2012), págs. 365-381.

4.6 INSTRUCCIÓN DE 5 DE OCTUBRE DE 2010 DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO ⁷⁹

Tal y como indican CALVO CARAVACA y CARRASCOSA GÓNZALEZ, la Instrucción DGRN de 5 octubre 2010 sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución, fue una instrucción muy esperada. Que no pudo satisfacer las carencias jurídicas que hay en el campo del Derecho Internacional privado y del Derecho Civil⁸⁰.

En dicha Instrucción se permite la posibilidad de inscribir en el Registro Civil los nacimientos producidos en el extranjero como consecuencia de la práctica de la gestación por sustitución, no obstante, era necesario que por lo menos, uno de sus solicitantes fuese de nacionalidad española⁸¹. Dicha Instrucción pretendía dotar *“de plena protección jurídica el interés superior del menor, así como de otros intereses presentes en los supuestos de gestación por sustitución, y para ello, establecía unos criterios que determinaban las condiciones de acceso al Registro Civil español de los nacidos en el extranjero mediante esta técnica de reproducción asistida”*⁸². Y además, pretende abordar; *“en primer lugar los instrumentos necesarios para que la filiación tengan acceso al Registro Civil español cuando uno de los progenitores sea de nacionalidad española, como vía de reconocimiento a efectos registrales de su nacimiento; en segundo lugar, la inscripción registral en ningún caso puede permitir que con la misma se dote de apariencia de legalidad supuestos de tráfico internacional de menores y; en tercer lugar, la exigencia de que no se haya vulnerado el derecho del menor a conocer su origen biológico, según se expresa en el artículo 7, número 1, de la Convención sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989, artículo 12 de la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción Internacional, así como en Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de septiembre de 1999”*⁸³.

⁷⁹ https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2010-15317.

⁸⁰ CALVO CARAVACA, A.L. y CARRASCOSA GÓNZALEZ, J.: *“Notas críticas en torno a la instrucción de la dirección general de los registros y del notariado de 5 de octubre de 2010 sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución”*, Cuadernos de Derecho Transnacional, marzo, 2011, Vol. 3, Nº 1, págs. 247-262.

⁸¹ JIMÉNEZ MARTÍNEZ, M.ª: *“La inscripción de la filiación derivada de la gestación por sustitución. Problemas actuales”*, Ob. Cit, págs. 365-381.

⁸² Instrucción de 5 de octubre de 2010, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución, BOE, Núm. 243, 7/10/2010.

⁸³ *Ibidem*.

Asimismo, también, *“deben valorarse otros intereses presentes en los contratos de gestación por sustitución, especialmente la protección de las mujeres que se prestan a dicha técnica de reproducción, renunciando a sus derechos como madres”*⁸⁴.

La Instrucción, establece una serie de requisitos para la protección de dichos intereses. En primer lugar, la exigencia de resolución judicial en el país de origen. De esta manera la DGRN acredita la filiación de un bebé nacido tras la técnica de la gestación por sustitución en relación con el padre biológico. Los comitentes, además de presentar la solicitud de inscripción de nacimiento, también presentarían la resolución judicial dictada por el Tribunal competente extranjero, en la cual se determina la filiación del nacido. De esta manera, no se admitiría una certificación registral extranjera o la simple declaración acompañada de certificación médica relativa al nacimiento del bebé, en la que no figurase la identidad de la mujer gestante. En segundo lugar, salvo que resultase de aplicación un Convenio internacional, dicha resolución judicial extranjera deberá de contener la exigencia de *exequatur*, en España conforme al procedimiento del artículo 954 LEC de 1881. Y se tendrá que presentar junto con la solicitud de la inscripción, el auto judicial definitivo, expedido por autoridad judicial española, que ponga fin al *exequatur*⁸⁵. Pero si *“la resolución judicial extranjera tuviera su origen en un procedimiento análogo a uno español de jurisdicción voluntaria, el encargado del Registro Civil controlará incidentalmente, como requisito previo a su inscripción, si tal resolución judicial puede ser reconocida en España”*⁸⁶. Para ello, acreditará; por un lado, la regularidad y autenticidad formal de la resolución judicial extranjera y de cualesquiera otros documentos que se hubieran presentado; además, el Tribunal de origen debe de basar su competencia judicial internacional en criterios equivalentes a los contemplados en la legislación española. En tercer lugar, se tienen que garantizar los derechos procesales de las partes, especialmente el de la mujer gestante. Por supuesto no se tiene que haber producido una vulneración del interés superior del menor y de los derechos de la mujer gestante. Concretamente, se deberá verificar que el consentimiento de esta última se ha obtenido de forma libre y voluntaria, sin incurrir en error, dolo o violencia y que tiene

⁸⁴ *Ibíd.*

⁸⁵ CALVO CARAVACA, A.L. y CARRASCOSA GÓNZALEZ, J.: *“Notas críticas en torno a la instrucción de la dirección general de los registros y del notariado de 5 de octubre de 2010 sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución”*, Ob. Cit. págs. 247-262.

⁸⁶ Instrucción de 5 de octubre de 2010, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución, BOE, Núm. 243, 7/10/2010.

capacidad natural suficiente. Por último, obviamente la resolución judicial debe de ser firme, y “*que los consentimientos prestados son irrevocables, o bien, si estuvieran sujetos a un plazo de revocabilidad conforme a la legislación extranjera aplicable, que éste hubiera transcurrido, sin que quien tenga reconocida facultad de revocación, la hubiera ejercitado*”⁸⁷. Con estos requisitos se pretende verificar la plena capacidad jurídica y de obrar de la mujer gestante, la eficacia legal del consentimiento prestado por no haber incurrido en error sobre las consecuencias y alcance del mismo, ni haber sido sometida a engaño, violencia o coacción o la eventual previsión y/o posterior respeto a la facultad de revocación del consentimiento o cualesquiera otros requisitos previstos en la normativa legal del país de origen. Y por supuesto, una correcta protección del interés superior del menor⁸⁸.

Además, “*si el encargado del Registro Civil considera que la resolución extranjera fue dictada en el marco de un procedimiento jurisdiccional de naturaleza contenciosa, denegará la inscripción de la resolución, al requerirse previamente el exequátur de ésta de acuerdo a lo establecido en la LEC. Por el contrario, si estima que la resolución extranjera tiene su origen en un procedimiento análogo a uno español de jurisdicción voluntaria controlará incidentalmente si la resolución puede ser reconocida en España, como requisito previo a su inscripción,*”⁸⁹ de la misma manera que se ha mencionado anteriormente.

4.6.1 Efectos derivados de la IDGRN de 5 de octubre de 2010

Mediante la Instrucción se permitió regularizar la situación de muchos niños siendo inscritos en el Registro Civil español. Sin embargo, fue objeto de muchas críticas, por ello, tal y como señala LAMM esto hace que se reafirme “*la necesidad de regular la gestación por sustitución*”⁹⁰ por una ley que respete los derechos fundamentales”⁹¹.

⁸⁷ *Ibidem*.

⁸⁸ CALVO CARAVACA, A.L. y CARRASCOSA GÓNZALEZ, J.: “*Notas críticas en torno a la instrucción de la dirección general de los registros y del notariado de 5 de octubre de 2010 sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución*”, Ob. Cit. págs. 247-262.

⁸⁹ Instrucción de 5 de octubre de 2010, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución, BOE, Núm. 243, 7/10/2010.

⁹⁰ En este sentido Farnós señala que “*Si se pretende otorgar efectos jurídicos a la gestación por sustitución, la respuesta debe de venir exclusivamente del legislador, a través de una reforma del artículo 10 LTRHA que regularice los contratos de gestación por sustitución celebrados cumpliendo las garantías mínimas que el legislador considere necesarias de acuerdo con los principios de nuestro ordenamiento*”.

⁹¹ LAMM E.: “*Una vez más sobre gestación por sustitución, porque sin marco legal se siguen sumando violaciones a derechos humanos*”, Ob. Cit. págs. 62-63.

Entre otras críticas hacia la Instrucción hay que señalar, que, si tiene intención de hacer justicia, lo hace sobre un caso concreto, perjudicando la seguridad jurídica⁹². En este sentido, PÉREZ MONGE, dice que *“es el legislador quien debe limitar la práctica, o bien regularla antes de permitirla en fraude de ley, a fin de evitar esta discordancia entre la dicción legal y la realidad”*⁹³. Asimismo, VELA SÁNCHEZ sostiene que la IDGRN es nula por *“ infringir flagrantemente el principio de jerarquía normativa del ordenamiento jurídico español, en cuanto que el Ministerio de Justicia, a través de la Dirección General de los Registros y del Notariado, ha optado erróneamente por considerar que las normas reglamentarias pueden emplearse arbitrariamente en contra del Derecho vigente, vulnerando gravemente el sistema de fuentes constitucionalmente establecido y garantizado, pues el art 1.2 CC establece que carecerán de validez las disposiciones que contradigan otra de rango superior”*⁹⁴.

4.7 SENTENCIA DE 23 DE NOVIEMBRE DE 2011 DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE VALENCIA

Confirma la sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº 15 de Valencia. Esta resolución expone que se ha vulnerado el orden público internacional español, así como el principio de jerarquía normativa y rechaza la inscripción de los niños nacidos por gestación por sustitución. La sentencia expone en su segundo fundamento jurídico, que el contrato de gestación por sustitución; suscita una serie de problemas *“en relación con principios tales como el que la persona humana no puede ser objeto del comercio de los hombres, (artículo 1271 CC) o lo que es lo mismo, que el niño no puede ser objeto de transacción, así la propia dignidad de la persona”*. Así como el artículo 15 CE⁹⁵, que reconoce el derecho a la integridad moral, y el artículo 39.2 CE ⁹⁶, que proclama que los poderes

⁹² LAMM, E.: “Gestación por sustitución. Ni maternidad subrogada ni vientres de alquiler”, Ob. Cit., págs.17- 311.

⁹³ PÉREZ MONGE, M.: “Cuestiones actuales de la maternidad subrogada en España: regulación versus realidad”, Revista de Derecho Privado, vol.94,2010, págs.41-64.

⁹⁴ VELA SÁNCHEZ, A.J.:” *De nuevo sobre la regulación del convenio de gestación por sustitución o de maternidad subrogada en España. A propósito de la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 23 de noviembre de 2011*”, Diario la Ley, núm.7815, sección Doctrina, 9 de marzo, 2012, págs. 1-12-.

⁹⁵ Constitución Española. BOE. núm. 311, de 29 de diciembre de 1978. El artículo 15 dice que” *tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral, sin que, en ningún caso, puedan ser sometidos a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes. Queda abolida la pena de muerte, salvo lo que puedan disponer las leyes penales militares para tiempos de guerra*”.

⁹⁶ Ibídem. El artículo 39.2 dice que *“Los poderes públicos aseguran, asimismo, la protección integral de los hijos, iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación, y de las madres, cualquiera que sea su estado civil. La ley posibilitará la investigación de la paternidad.”*

públicos aseguran la protección integral de los hijos y de las madres cualquiera que sea su estado civil ⁹⁷.

Además, indica que el interés superior del menor no puede servir para infringir la ley, cuando la propia ley española ofrece la adopción como cauce para la inscripción de la filiación de los menores a favor de los comitentes⁹⁸.

4.8 SENTENCIA DE 6 DE FEBRERO DE 2014 ⁹⁹

La anterior sentencia mencionada fue objeto de recurso ante el Tribunal Supremo (en adelante TS). El único motivo del recurso de casación es *“Infracción del art. 14 CE, por vulneración del principio de igualdad, en relación con el derecho a la identidad única de los menores y al interés superior de los menores consagrado en la Convención de Derechos del Niño, hecha en Nueva York el 2 de noviembre de 1989”*¹⁰⁰. Asimismo, se alegan como argumentos que; en primer lugar, *“No permitir la inscripción en el Registro Civil español de la filiación por naturaleza de los sujetos nacidos en California a favor de dos varones resulta discriminatorio”* ¹⁰¹. En relación con esto el TS entendió que, aunque sí es posible inscribir la filiación a favor de dos mujeres, la desigualdad sustancial entre los supuestos de hecho excluye la existencia de un trato discriminatorio porque la consecuencia legal es distinta. Ya que, la causa de la denegación no es que los solicitantes sean varones, sino que la filiación procede de un acuerdo de gestación por sustitución¹⁰².

También se alegó que, *“El reconocimiento de la filiación determinada en la certificación registral de California no contradice el orden público internacional español, pues este impide considerar válido y ejecutar en España un contrato de gestación por sustitución, pero no el acceso al Registro Civil español de la filiación resultante de tal contrato, que es una consecuencia última y periférica del contrato”*¹⁰³ Ante esto, el TS dice que *“el reconocimiento de la filiación determinada en la certificación registral de California no contradice el orden público internacional español, pues este impide considerar válido y*

⁹⁷ Sentencia Civil N.º 826/2011, Audiencia Provincial de Valencia, Sección 10, Rec. 949/2011 de 23 de noviembre de 2011. CENDOJ: 46250370102011100707.

⁹⁸ *Ibídem*.

⁹⁹ Sentencia de 6 de febrero de 2014, N.º de Recurso: 245/2012, N.º de Resolución: 835/2013.

¹⁰⁰ Sentencia del Tribunal Supremo N.º 835/2013 de 6 de febrero de 2014. <https://app.vlex.com/#vid/494106606>. (fundamento segundo).

¹⁰¹ *Ibídem*.

¹⁰² SÁNCHEZ MARTÍNEZ M.ª.: *“La Gestación por sustitución. Una consecuencia lógica de la libertad reproductiva o un caso dramático de las reproducciones asistidas”*, Ob. Cit. págs. 91-133.

¹⁰³ Sentencia del Tribunal Supremo N.º 835/2013 de 6 de febrero de 2014. <https://app.vlex.com/#vid/494106606>. (Fundamento segundo).

ejecutar en España un contrato de gestación por sustitución, pero no el acceso al Registro Civil español de la filiación resultante de tal contrato”¹⁰⁴. Además el TS hace referencia al artículo 10 LTRHA aludiendo que engloba el orden público internacional¹⁰⁵ español (en adelante OPI) y, por tanto, “La decisión de la autoridad registral de California al atribuir la condición de padres al matrimonio que contrató la gestación por sustitución con una mujer que dio a luz en dicho Estado es contraria al orden público internacional español al ser incompatible con normas que regulan aspectos esenciales de las relaciones familiares, en concreto de la filiación, inspiradas en los valores constitucionales de dignidad de la persona, respeto a su integridad moral y protección de la infancia”¹⁰⁶.

En último lugar argumentaron que,, “Privar de su filiación a los menores vulnera el interés del menor, pues (i) perjudica su posición jurídica y les deja desprotegidos; (ii) los recurrentes, como personas que han manifestado su consentimiento inicial a ser padres son los mejores padres por naturaleza que los menores pueden tener, frente a la mujer que los dio a luz, que asumió su papel de mera parte en un contrato y se limitó a cumplir con las prestaciones asumidas en el mismo; (iii) el menor tiene derecho a una identidad única que se debe respetar por encima de fronteras estatales”¹⁰⁷.

Ante esto el TS dijo que el interés superior del menor¹⁰⁸ es un concepto “esencialmente controvertido”, y que, “La concreción de dicho interés del menor debe hacerse tomando en consideración los valores asumidos por la sociedad como propios, contenidos tanto en las reglas legales como en los principios que inspiran la legislación nacional y las convenciones internacionales, no los personales puntos de vista del juez; sirve para interpretar y aplicar la ley y colmar sus lagunas, pero no para contrariar lo expresamente

¹⁰⁴ Ibídem.

¹⁰⁵ <https://www.hcch.net/es/projects/legislative-projects>.

La Conferencia de Derecho Internacional Privado de La Haya, ante el aumento de casos que surgen en relación a la gestación por sustitución, está intentando realizar una regulación internacional, unificando los acuerdos internacionales para poder dar una solución a esta situación. http://www.euskadi.eus/contenidos/informacion/publicaciones_informes/es_emakunde/adjuntos/ges_sub_vie_alq_informe.pdf. En este sentido, sustenta que las filiaciones válidamente determinadas en un Estado que, si admita la gestación por sustitución, deberían de ser reconocidas en otro Estado cuyo ordenamiento prohíba esta práctica.

¹⁰⁶ Sentencia del Tribunal Supremo N° 835/2013 de 6 de febrero de 2014. <https://app.vlex.com/#vid/494106606>. (Fundamento segundo).

¹⁰⁷ Ibídem.

¹⁰⁸ En este sentido, Lamm entiende que no se debería de aludir judicialmente al interés superior del menor, pues precisamente con esta sentencia se causaría una desprotección al menor al privarles de padres y/o madres a efectos legales, desde la cancelación de la inscripción. LAMM E.: “Una vez más sobre gestación por sustitución, porque sin marco legal se siguen sumando violaciones a derechos humanos”, Ob. Cit., págs. 62-63.

previsto en la misma”¹⁰⁹, debiendo ser ponderado con otros bienes jurídicos protegidos¹¹⁰. Además, indicó que supondría un perjuicio al menor determinar la filiación en este caso, ya que su gestación, atenta contra la dignidad del menor y de la gestante¹¹¹, al convertirlos en objetos de tráfico mercantil¹¹².

En relación con el derecho del menor a una identidad única, no considera el Tribunal que exista tal riesgo, ya que en este supuesto los niños no tienen una autentica vinculación con Estados Unidos¹¹³. *“Además, en las sentencias invocadas el bien jurídico con el que entraba en conflicto el principio de identidad única del menor era el principio de inmutabilidad o estabilidad de los apellidos (sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 2 de octubre de 2003, asunto C-148/02, caso García Avello, y de 14 de octubre de 2008, asunto C-353/06, caso Grunkin-Paul). Es evidente que se trata de un bien jurídico de mucha menor importancia que los protegidos por la prohibición de gestación por sustitución”*¹¹⁴.

Sin embargo, el Tribunal dijo que la no aceptación de la inscripción afectará solamente a la filiación, no al resto de su contenido, cumpliendo así con el artículo 7.1 de la Convención de Derechos del Niño¹¹⁵, dicho Convenio expone que *“El niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos”*¹¹⁶.

¹⁰⁹ Ibídem.

¹¹⁰ SÁNCHEZ MARTÍNEZ M.ª.: “La Gestación por sustitución. Una consecuencia lógica de la libertad reproductiva o un caso dramático de las reproducciones asistidas”, Ob. Cit. págs. 91-133.

¹¹¹ En relación a esto, VILA- CORO, entiende que *“Ellas están orgullosas de la ayuda que prestan y por lo general hablan con mucha naturalidad del tema. Hay un testimonio que se repite con frecuencia: Cuando se les empieza a notar la barriga y la gente les da la enhorabuena por la calle, ellas contestan con naturalidad “gracias, pero no es mío”. No entendemos cómo se puede considerar explotación algo que se lleva con tanto orgullo.”* Por ello no concibe como puede hablarse de una situación de explotación cuando estas mujeres lo llevan con ese orgullo. VILA- CORO, A.: *“Argumentario en defensa de la gestación subrogada”*.

<https://sonnuestroshijos.blogspot.com/2010/11/argumentario-en-defensa-de-la-gestacion.html>.

¹¹² Sentencia del Tribunal Supremo N° 835/2013 de 6 de febrero de 2014. <https://app.vlex.com/#vid/494106606>. (Fundamento segundo).

¹¹³ SÁNCHEZ MARTÍNEZ M.ª.: “La Gestación por sustitución. Una consecuencia lógica de la libertad reproductiva o un caso dramático de las reproducciones asistidas”, Ob. Cit. págs. 91-133.

¹¹⁴ Sentencia del Tribunal Supremo N° 835/2013 de 6 de febrero de 2014. <https://app.vlex.com/#vid/494106606>.

¹¹⁵ SÁNCHEZ MARTÍNEZ M.ª.: “La Gestación por sustitución. Una consecuencia lógica de la libertad reproductiva o un caso dramático de las reproducciones asistidas”, Ob. Cit. págs. 91-133.

¹¹⁶ Convención sobre los derechos de los niños. <https://www.un.org/es/events/childrenday/pdf/derechos.pdf>

Por último, la sentencia expone que, dado que los niños estaban integrados en un núcleo familiar con el matrimonio recurrente, se ha de buscar una solución que consiga el desarrollo y la protección de las relaciones existentes, instando con ello al Ministerio Fiscal a que ejercite las acciones que procedan para ello¹¹⁷.

4.9 ORDEN DEL MINISTERIO DE JUSTICIA DE 11 DE JULIO DE 2014

Tras la sentencia del TS de 6 de febrero de 2014 se planteaba la cuestión de si dicha resolución además de anular la resolución de 8 de febrero de 2009 afectaba también o no a los criterios de la Instrucción de 5 de octubre de 2010¹¹⁸. Por esta cuestión, la DGRN emitió una Circular el 11 de julio de 2014, y según dicho informe la DGRN expuso que ¹¹⁹ *“En el estado legislativo y jurisprudencial actual, la instrucción de 5 de octubre de 2010, sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución está plenamente vigente, por lo que debe seguir siendo aplicada por los Registros Civiles españoles a fin de determinar la inscribibilidad del nacimiento y filiación en los casos que entran en su ámbito de aplicación, sin que la Sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2014 constituya un obstáculo legal para ello”* ¹²⁰.

De esta forma, se inscribe en el Registro Civil la filiación que determine la sentencia judicial extranjera que admite la gestación por sustitución, sin que conste la mujer gestante como madre del menor, figurando como padres los comitentes¹²¹.

Además, añade, que *“la citada sentencia del Tribunal Supremo no excluye, incluso en los supuestos a que se refiere, la inscripción registral “in totum”, sino que circunscribe tal exclusión a la filiación, pero no al nacimiento, al nombre y a la nacionalidad, al afirmar que “Ha de precisarse también que, a fin de dar cumplimiento a lo previsto en el art. 7.1 de la Convención sobre Derechos del Niño, conforme al cual el niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre y a adquirir una nacionalidad, la denegación de reconocimiento de la*

¹¹⁷ SÁNCHEZ MARTÍNEZ M.^a: *“La Gestación por sustitución. Una consecuencia lógica de la libertad reproductiva o un caso dramático de las reproducciones asistidas”*, Ob. Cit. págs. 91-133.

¹¹⁸ https://e04-elmundo.uecdn.es/documentos/2019/02/16/instruccion_gestacion.pdf.

¹¹⁹ PERTUSA RODRÍQUEZ, L.: *“Dimensión consular de la Gestación por sustitución en derecho internacional privado”*, Ob. Cit. págs. 597- 614.

¹²⁰ La DGRN remite a los criterios establecidos por la Instrucción de 5 de octubre de 2010 para la inscripción registral de los niños nacidos de vientre de alquiler. 30/07/ 2014. <https://www.ical.es/actualidad/noticias/la-dgrn-remite-a-los-criterios-establecidos-por-la-instruccion-de-5-de-octubre-de-2010-para-la-inscripcion-registral-de-los-ninos-nacidos-de-ventre-de-alquiler/1583>.

¹²¹ http://www.euskadi.eus/contenidos/informacion/publicaciones_informes/es_emakunde/adjuntos/ges_su_b_vie_alq_informe.pdf, ob. cit.

certificación registral de California ha de afectar exclusivamente a la filiación en ella determinada, pero no al resto de su contenido” ¹²² (vid. último párrafo del apartado 11 del FJ quinto)¹²³.

4.10 INSTRUCCIÓN DE 14 DE FEBRERO DE 2019, DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO, SOBRE ACTUALIZACIÓN DEL REGIMEN REGISTRAL DE LA FILIACIÓN DE LOS NACIDOS MEDIANTE GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN ¹²⁴

Esta instrucción de la DGRN permite la inscripción de nacimiento de un menor, nacido en el extranjero como consecuencia de la técnica de la gestación por sustitución. Pero para ello, reitera los requisitos señalados por la Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010 (sustituyendo y derogando dicha Instrucción) como son la presentación de una resolución judicial firme dictada por tribunal competente en la que se determine la filiación del nacido, junto con la solicitud de la inscripción. Además, señala, que debe de existir el consentimiento de la mujer gestante y que éste debe de ser obtenido de forma libre y voluntaria, *“sin incurrir en error, dolo o violencia, con suficiente información y consciencia del alcance de su declaración de voluntad, y con la capacidad natural suficiente; y que dicho consentimiento ha sido confirmado en un momento posterior al nacimiento del niño/a”*. Además, los consentimientos prestados son irrevocables.

Por otro lado, la Instrucción señala el derecho del menor a conocer sus orígenes biológicos. Y señala que los padres comitentes no deben de tener motivos graves de falta de idoneidad para asumir las *“funciones tuitivas y protectoras del nacido/a propias de la patria potestad, por razón de edad, estado de salud, u otras”*. Asimismo, tendrán que acreditar la filiación paterna, entre los medios que pueden utilizar destaca la prueba de ADN por su sencillez. Tras esto, se inscribe el nacimiento, constando *la filiación materna resultante del parto y la filiación paterna resultante de la sentencia o del reconocimiento*.

¹²² (vid. último párrafo del apartado 11 del FJ quinto).

¹²³ https://e04-elmundo.uecdn.es/documentos/2019/02/16/instruccion_gestacion.pdf.

¹²⁴ <http://www.icaoviedo.es/res/comun/biblioteca/806/GESTACION%20SUBROGADA.pdf>.

En el caso de que se pretendiese también la determinación de la filiación materna respecto de la mujer comitente habría que acudir al procedimiento de adopción¹²⁵(art. 177 CC¹²⁶)¹²⁷.

No obstante, si la mujer comitente presentara algún vínculo genético con el nacido/a por haber aportado su óvulo para la fecundación, será aplicable analógicamente lo previsto en el artículo 10.3 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida, en los términos antes expresados respecto de la filiación paterna, a efectos de poder reconocer e inscribir en el Registro Civil español la filiación materna a favor de la mujer cuyo material genético hubiere sido empleado en la formación del preembrión transferido a la madre gestante¹²⁸.

¹²⁵ En palabras de VERDA Y BEAMONTE, acudir a este procedimiento “supone utilizar la adopción para conseguir los efectos que se perseguían mediante la celebración del contrato de gestación por sustitución; y, si esto es así, ¿por qué no se admite directamente la gestación por sustitución y se evita un proceso más largo y complejo que va a llevar al mismo resultado?”. DE VERDA Y BEAMONTE, J.R. 2010 “Inscripción de hijos nacidos mediante gestación por sustitución. A propósito de la sentencia del juzgado de primera instancia nº.15 de Valencia, de 15 de septiembre de 2010”, Diario La Ley, 3 de noviembre, 2010, nº 7501, sección tribuna págs. 1-7.

¹²⁶ Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil. BOE, núm. 206, 25/1889/07. Su artículo 177 establece que “Habrán de consentir la adopción, en presencia del Juez, el adoptante o adoptantes y el adoptando mayor de doce años. Asimismo, deberán asentir a la adopción:

1.º El cónyuge o persona unida al adoptante por análoga relación de afectividad a la conyugal salvo que medie separación o divorcio legal o ruptura de la pareja que conste fehacientemente, excepto en los supuestos en los que la adopción se vaya a formalizar de forma conjunta. 2.º Los progenitores del adoptando que no se hallare emancipado, a menos que estuvieran privados de la patria potestad por sentencia firme o incurso en causa legal para tal privación. Esta situación solo podrá apreciarse en el procedimiento judicial contradictorio que se tramitará conforme a la Ley de Enjuiciamiento Civil.

No será necesario el asentimiento cuando los que deban prestarlo se encuentren imposibilitados para ello, imposibilidad que se apreciará motivadamente en la resolución judicial que constituya la adopción.

Tampoco será necesario el asentimiento de los progenitores que tuvieran suspendida la patria potestad cuando hubieran transcurrido dos años desde la notificación de la declaración de situación de desamparo, en los términos previstos en el artículo 172.2, sin oposición a la misma o cuando, interpuesta en plazo, hubiera sido desestimada.

El asentimiento de la madre no podrá prestarse hasta que hayan transcurrido seis semanas desde el parto. En las adopciones que exijan propuesta previa no se admitirá que el asentimiento de los progenitores se refiera a adoptantes determinados. Deberán ser oídos por el Juez: 1.º Los progenitores que no hayan sido privados de la patria potestad, cuando su asentimiento no fuera necesario para la adopción. 2.º El tutor y, en su caso, la familia acogedora, y el guardador o guardadores. 3.º El adoptando menor de doce años de acuerdo con su edad y madurez. Por último, los consentimientos y asentimientos deberán otorgarse libremente, en la forma legal requerida y por escrito, previa información de sus consecuencias.”

¹²⁷ Instrucción de 14 de febrero de 2019, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre actualización del régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución. https://e04-elmundo.uecdn.es/documentos/2019/02/16/instruccion_gestacion.pdf.

En este punto, es esencial el asentimiento de la mujer gestante, “el cual deberá otorgarse libremente, en la forma legal requerida y por escrito, previa información de sus consecuencias de forma clara y suficiente para que el mismo pueda considerarse un asentimiento válido, y una vez hayan transcurrido seis semanas desde el parto”.

¹²⁸ *Ibidem*.

De esta forma se puede reclamar la filiación materna aplicando análogamente el art. 10.3 LTRHA cuando la ley extranjera aplicable hubiera determinado la maternidad solo a favor de la comitente. Es decir, si la comitente hubiera aportado su material genético y en el extranjero estuviera determinada como madre, podría hacer uso del 10.3 LTRHA y reclamar su maternidad en virtud de esto, aportando una prueba de ADN.

En cuanto al procedimiento para practicar estas inscripciones, se tiene que acudir al artículo 44.2.2 de la LRC¹²⁹. Sin embargo, para la forma de practicar la inscripción, es de aplicación lo previsto en la consulta de esta Dirección General de 1 de julio de 2011¹³⁰.

Por primera vez, gracias a esta Instrucción se concedía una vía para la inscripción de niños concebidos en el extranjero por la gestación por sustitución. Además, pone de manifiesto la consonancia entre los criterios del TEDH y la DGRN, al contrario que ocurre con los del Tribunal Supremo.

4.11 INSTRUCCIÓN DE 18 DE FEBRERO DE 2019, DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO, SOBRE ACTUALIZACIÓN DEL RÉGIMEN REGISTRAL DE LA FILIACIÓN DE LOS NACIDOS MEDIANTE GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN¹³¹

La anterior Instrucción de la DGRN duró muy poco tiempo, el Ministerio de Justicia la dejó sin efecto y fue sustituida por la Instrucción de la DGR de 18 de febrero de 2019¹³². En dicha Instrucción se dice “*que la gestación por sustitución constituye un fenómeno en el que se produce una grave vulneración de los derechos de los menores y de las madres gestantes*”¹³³.

¹²⁹ Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil. BOE, núm. 175, 22/07/ 2011. Dicho artículo establece que “*Salvo en los casos a que se refiere el artículo 48, en toda inscripción de nacimiento ocurrida en España se hará constar necesariamente la filiación materna, aunque el acceso a la misma será restringido en los supuestos en que la madre por motivos fundados así lo solicite y siempre que renuncie a ejercer los derechos derivados de dicha filiación. En caso de discordancia entre la declaración y el parte facultativo o comprobación reglamentaria, prevalecerá este último*”.

¹³⁰ <https://conflictuslegum.blogspot.com/2019/02/el-gobierno-deja-sin-efecto-la.html>.

¹³¹ http://noticias.juridicas.com/base_datos/Privado/638341-instruccion-dgrn-18-feb-2019-sobre-actualizacion-del-regimen-registral-de.html.

¹³² <https://www.lamoncloa.gob.es/serviciosdeprensa/notasprensa/justicia/Paginas/2019/160219gestacion-subrogada.aspx>.

¹³³ Instrucción de 18 de febrero de 2019, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre actualización del régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución. BOE, núm. 45, 21/02/2019.

No obstante, lo que hace es restablecer el régimen anterior regulado en la Instrucción de 5 de octubre 2010 estableciendo que *“Las solicitudes de inscripción en el Registro Civil consular de la filiación de menores nacidos con posterioridad a la publicación de esta Instrucción, no serán estimadas salvo que exista una sentencia de las autoridades judiciales del país correspondiente que sea firme y dotada de exequatur, u objeto del debido control incidental cuando proceda”*¹³⁴.

5. SITUACIÓN EN ESPAÑA TRAS LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 6 DE FEBRERO DE 2014

Poco después de la sentencia del TS de 6 de febrero de 2014, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos se pronunció por primera vez sobre el alcance y la trascendencia de la determinación de la filiación en la técnica de la gestación por sustitución, estableciendo que el interés superior del niño está por encima de todo, incluso del orden público internacional, asentando un preferente para toda la Unión Europea (en adelante UE)¹³⁵. Y replanteando la situación en España sobre tratamiento de la gestación por sustitución¹³⁶.

5.1 SSTEDH DE 26 DE JUNIO DE 2014 CONTRA FRANCIA: ASUNTO MENNESSON CONTRA FRANCIA Y ASUNTO LABASSEE CONTRA FRANCIA¹³⁷

Tanto en el caso Labassee como en el Mennesson¹³⁸, los dos matrimonios heterosexuales eran de nacionalidad francesa, y ambos no podían tener hijos como consecuencia de la infertilidad. Ante esta imposibilidad de tener hijos, acudieron a una agencia de gestación por sustitución en California¹³⁹, se trasladaron a California, porque aquí sí se permite por ley este tipo de TRHA al contrario que Francia. De este modo los matrimonios celebraron,

¹³⁴ *Ibidem*.

¹³⁵ LAMM E.: *“Una vez más sobre gestación por sustitución, porque sin marco legal se siguen sumando violaciones a derechos humanos”*, Ob. Cit., págs. 62-63.

¹³⁶ HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, A.: *“Determinación de la filiación de los nacidos en el extranjero mediante gestación por sustitución: ¿Hacia una nueva regulación en España?”*, Cuadernos de Derecho Transnacional (octubre 2014), Vol. 6, Nº 2, págs. 147-174.

¹³⁷ STEDH de 26 de junio de 2014. Caso Mennesson c. France (n.º 65192/11) y caso Labassee c. France (n.º 65941/11).

¹³⁸ ROURA, opina que la resolución del TEDH de 26 de junio de 2014 en el caso Mennesson c. Francia y Labassee c. Francia supone, *“un paso muy relevante en el ámbito de los derechos de los niños nacidos en el extranjero por gestación subrogada de padres nacionales de países que sean parte del Convenio Europeo de Derechos Humanos”*. <http://www.gestacion-subrogada.com/interpretacion-sentencia-tedh>.

¹³⁹ GARCÍA SAN JOSÉ, D.: *“La gestación por sustitución y las obligaciones emanadas para los Estados parte en el Convenio Europeo de Derechos Humanos: repercusiones en el ordenamiento jurídico español del activismo y de la autolimitación judicial del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en relación con la gestación por sustitución”*, Revista Española de Derecho Constitucional, 113, mayo-agosto (2018), págs. 103-130

un contrato de gestación por sustitución¹⁴⁰. En ambos asuntos, el esperma lo aportaron los varones y el óvulo procedía de una donante, posteriormente el embrión fecundado fue implantado en el útero de otra mujer¹⁴¹.

Tras este proceso, en el caso de los Mennesson nacieron dos gemelas, y para los Labassee una niña¹⁴². Posteriormente el Tribunal Supremo de California declaró la paternidad legal de los padres comitentes, en ambos asuntos, y con el consentimiento de todas las partes implicadas. Sin embargo, cuando fueron al Consulado francés en Los Ángeles solicitando la transcripción del acta de nacimiento y la inscripción de las niñas en sus pasaportes franceses para poder entrar con ellas en Francia, los servicios consulares negaron dicha solicitud a los dos matrimonios, ya que sospecharon que estaban ante un caso de gestación por sustitución, prohibido por la legislación francesa¹⁴³. Entonces, la administración federal americana expidió pasaportes norteamericanos para las menores, y de esta forma pudieron volver a Francia. Tras llegar a Francia iniciaron un procedimiento judicial, el cual no tuvo mucho éxito antes de poder acudir al TEDH.

En estas dos sentencias del TEDH¹⁴⁴ por unanimidad, se condenó a Francia como responsable de una violación del art. 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos¹⁴⁵ (en adelante CEDH) pero no respecto del matrimonio, sino en cuanto a los niños, al no

¹⁴⁰ HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, A.: “Determinación de la filiación de los nacidos en el extranjero mediante gestación por sustitución: ¿Hacia una nueva regulación en España?”, Ob. Cit., págs. 147-174.

¹⁴¹ DURÁN AYAGO, A.: “Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, caso Mennesson c. France (n.º 65192/11) y caso Labassee c. France (n.º 65941/11), de 26 de junio de 2014. Interés superior del menor y gestación por sustitución”, Reseñas de jurisprudencia, universidad de salamanca, (enero-junio 2014), págs. 280-282.

¹⁴² GARCÍA SAN JOSÉ, D.: “La gestación por sustitución y las obligaciones emanadas para los Estados parte en el Convenio Europeo de Derechos Humanos: repercusiones en el ordenamiento jurídico español del activismo y de la autolimitación judicial del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en relación con la gestación por sustitución”, Ob. Cit, págs. 103-130.

¹⁴³ *Ibidem*.

¹⁴⁴ DE MIGUEL ASENSIO, en relación con estas dos sentencias opina que “no resulta en absoluto que legislaciones como la española, contrarias a la gestación por sustitución constituyan una violación del CEDH, pero sí resulta que el CEDH limita decisivamente la posibilidad de considerar contrario al orden público el reconocimiento en los Estados miembros del Convenio de la filiación establecida en el extranjero, incluso si deriva de una gestación por sustitución”.

DE MIGUEL ASENSIO, P.: “El reconocimiento en España de la filiación de nacidos mediante gestación por sustitución tras las sentencias Mennesson y Labassee del TEDH”, 26 de junio, 2014, <https://pedrodemiguelasensio.blogspot.com/2014/06/el-reconocimiento-en-espana-de-la.html>.

¹⁴⁵ En su artículo 8, se contempla el derecho al respeto a la vida privada y familiar. “Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia. 2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención de las infracciones penales, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás”. https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_SPA.pdf.

haber permitido que los padres comitentes pudieran inscribir la filiación en el Registro Civil de sus hijas nacidas mediante un contrato de gestación por sustitución que habían celebrado en EE. UU¹⁴⁶. Se entendió que se produjo la vulneración del artículo 8 CEDH, entre otros motivos; porque había un vínculo genético entre los padres comitentes, y las niñas, pues los hombres habían aportado el material genético, de forma que eran sus padres biológicamente. Además, de que hubo una larga convivencia entre los menores y los matrimonios antes de las STEDH. Y, en tercer lugar, porque constaron como demandantes, a parte de los matrimonios, los menores nacidos como consecuencia de la gestación por sustitución¹⁴⁷.

5.2 AUTO DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 2 DE FEBRERO DE 2015 ¹⁴⁸

Este auto declara que la sentencia de 6 de febrero de 2014 del TS, no es contraria a las sentencias del TEDH, y por ello, no se vulnera en dicha sentencia el derecho a la vida familiar y privada, recogido en el artículo 8 de la Convención Europea de Derechos Humanos. Pues dicho auto entiende que, *“la doctrina de las sentencias Menesson y Labassee no son aplicables a España por las diferencias que en materia de reconocimiento de la filiación establecida en un país extranjero en virtud de contratos de gestación subrogada existen entre Francia y España”*¹⁴⁹.

5.3 CASO FOULON Y BOUVET CONTRA FRANCIA. SENTENCIA DE 21 DE OCTUBRE DE 2014 ¹⁵⁰

El TEDH se volvió a pronunciar, en la sentencia de 21 de octubre de 2014, en este caso, Didier Foulon y Philippe Bouvet, realizaron un contrato de gestación por sustitución en Bombay, la India, para traer al mundo a una niña, en el caso de Foulon, y una pareja de

¹⁴⁶ GARCÍA SAN JOSÉ, D.: “La gestación por sustitución y las obligaciones emanadas para los Estados parte en el Convenio Europeo de Derechos Humanos: repercusiones en el ordenamiento jurídico español del activismo y de la autolimitación judicial del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en relación con la gestación por sustitución”, Ob. Cit. págs. 103-130.

¹⁴⁷ JIMENÉZ MUÑOZ, F.J.: “Una aproximación a la posición del tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre la Gestación subrogada”, R.E.D.S. núm. 12, enero-junio, 2018, págs.42-54.

¹⁴⁸ Auto del Tribunal Supremo Número 335/2015 de 2 de febrero de 2015 Fundamento Jurídico 6º.10. “Las similitudes entre la sentencia del Tribunal de Casación francés y la sentencia de esta Sala cuya nulidad se solicita se circunscriben a que ambas deniegan la transcripción al Registro Civil de las actas extranjeras de nacimiento que establecen la filiación de los niños respecto de los padres comitentes en supuestos de contratos de gestación por sustitución. Pero a partir de ahí, las diferencias son importantes”.

¹⁴⁹ Instrucción de 14 de febrero de 2019, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre actualización del régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución. https://e04-elmundo.uecdn.es/documentos/2019/02/16/instruccion_gestacion.pdf.

¹⁵⁰ Asunto Foulon es el 9036/14 y el asunto Bouvet es el 10410/14. Ambos resueltos a través de sentencia de 21 de julio de 2016.

gemelos, en el caso de Bouvet¹⁵¹. Sin embargo, cuando quisieron realizar la transcripción de las actas de nacimiento de los menores, las autoridades francesas no se lo admitieron. Por ello, una vez agotadas todas las instancias judiciales francesas, ambos interpusieron demandas ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, asimismo las demandas fueron acumuladas y resueltas por una única sentencia. Finalmente, el TEDH resuelve de la misma manera, que en los asuntos Mennesson y Labassee, entendiendo que se ha vuelto a vulnerar el art 8 de la CEDH. El TEDH defiende que Francia, está vulnerando los derechos de los menores, ya que puede prohibir la gestación por sustitución a sus ciudadanos, pero no puede negarles los derechos de filiación a los hijos nacidos a través de dicha técnica en un país extranjero donde sí es legal la práctica de la misma ¹⁵².

5.4 PARADISO Y CAMPANELLI SENTENCIA DE 24 DE ENERO DE 2017 ¹⁵³

En este supuesto, el matrimonio compuesto por Donatina Paradiso y Gio-vanni Campanelli, ambos residentes en Colletorto (Italia). Después de varios intentos infructuosos de la mujer para poder quedarse embarazada mediante las TRHA, y al no poder acudir al procedimiento de adopción. Decidieron realizar un contrato de gestación por sustitución en Rusia¹⁵⁴.

Después de que nace el niño, las autoridades rusas emitieron el certificado que reconocía al matrimonio como padres del niño. Sin embargo, las autoridades italianas, además de no admitir la inscripción en el Registro civil de dicho certificado por entender que vulneraba el orden público internacional italiano. Además, realizan una prueba de paternidad al varón, la cual da negativo, lo que hace que también procedan a retirar la custodia del niño al matrimonio y lo den en acogimiento. Además, ponen en marcha un procedimiento de adopción considerando a la pareja como no aptos para adoptar y abren diligencias penales contra el matrimonio¹⁵⁵.

Tras esto el TEDH se pronunció y considero que la relación familiar durante los 6 meses del niño nacido con el matrimonio, los cuales habían actuado en todo momento como sus

¹⁵¹ JIMÉNEZ MUNOZ, F.J.: “Una aproximación a la posición del tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre la gestación subrogada”, R.E.D.S. núm. 12, enero-junio 2018, págs. 1-13.

¹⁵² Sentencia de 21 de julio de 2016, resuelve el asunto Foulon (9036/14) y el asunto Bouvet es el (10410/14).

¹⁵³ Sentencia de TEDH de 24 de enero de 2017, ECHR 034 (2017).

¹⁵⁴ <https://app.vlex.com/#vid/716041849>.

¹⁵⁵ SÁNCHEZ MARTÍNEZ M.ª: “La Gestación por sustitución. Una consecuencia lógica de la libertad reproductiva o un caso dramático de las reproducciones asistidas”, Ob. Cit., págs. 91-133.

padres, formase parte de la “vida familiar”, situación que el Estado debía de haber tenido en cuenta, con independencia del parentesco. Por ello, sostiene el Tribunal que se tenía que haberse respetado, el interés superior del menor, el cual está por encima de todo, así como la identidad del menor, pues se le dejó en una situación de desprotección al privarle de ella¹⁵⁶.

Por todo ello, el TEDH declaró la vulneración artículo 8 del CEDH. Sin embargo, no fue de objeto en la reclamación el reconocimiento del vínculo de filiación en Italia. De esta forma, al tener en cuenta la relación afectiva que tenía el menor con su familia adoptiva, se entendió no se le devolvería al niño a los padres intencionales¹⁵⁷.

Tras esto, el Gobierno italiano, descontento con el fallo, planteó un recurso para que la Gran Sala del TEDH, una vez reexaminado el caso, volviera a dictar sentencia, y así lo hizo el 24 de enero de 2017, concluyendo finalmente con este asunto¹⁵⁸.

En dicha sentencia se estimó, que las autoridades italianas no habían violado el art. 8 CEDH. Y que la vida familiar de los comitentes no había sido violada. Concluyendo que *"Aceptar que el menor permaneciera con los recurrentes, posiblemente con la intención de que acabaran convirtiéndose en sus padres adoptivos, hubiera sido equivalente a legalizar la situación creada por ellos contraviniendo importantes normas de Derecho italiano"* ¹⁵⁹.

5.5 PRIMERA OPINIÓN DEL TEDH SOBRE GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN

Recientemente en 2019, el TEDH se ha pronunciado sobre el reconocimiento del vínculo de filiación en los supuestos de gestación por sustitución, emitiendo una primera opinión consultiva no vinculante¹⁶⁰, en respuesta a una petición realizada por el Tribunal de Casación de Francia¹⁶¹. En este sentido, el TEDH respondió diciendo, que en los países

¹⁵⁶ <https://app.vlex.com/#vid/716041849>.

¹⁵⁷ *Ibidem*.

¹⁵⁸ *Ibidem*.

¹⁵⁹ http://scielo.isciii.es/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1886-58872017000200017.

¹⁶⁰ “*Es la primera opinión consultiva que hace Estrasburgo, después de que en agosto entrara en vigor el nuevo protocolo 16 al Convenio Europeo de Derechos Humanos que permite a las autoridades nacionales solicitar al TEDH una opinión no vinculante sobre los derechos y libertades recogidos en el tratado*”. <https://www.lavanguardia.com/vida/20190410/461581229588/tedh-avala-no-registrar-en-acta-a-madre-no-biologica-en-gestacion-subrogada.html>.

¹⁶¹ La consulta completa se encuentra disponible en [https://hudoc.echr.coe.int/eng-press# {%22itemid%22: \[%22003-6380685-8364782%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng-press# {%22itemid%22: [%22003-6380685-8364782%22]}).

donde el padre comitente ha dado su material genético para concebir el bebé, y sea aceptada esta situación por el derecho nacional como padre del menor. En estos supuestos, el TEDH entiende que hay una necesidad de un reconocimiento hacia la madre comitente en virtud del derecho del niño a su respeto por la vida privada establecido en el artículo 8 de la Convención Europea de los Derechos Humanos. En este sentido, el tribunal entiende que debe de primar el interés del menor, como la identificación legal de las personas encargadas de su cuidado, conocedores de sus necesidades y su bienestar que permitan, en última instancia, el crecimiento y desarrollo en un ambiente adecuado. Por ello, sostiene el Tribunal, que *“la imposibilidad de reconocimiento entre el nacido y la madre intencional es incompatible con los intereses más favorables para el niño”*¹⁶². No obstante, los estados son libres en elegir el mecanismo oportuno¹⁶³ para apreciar este reconocimiento legal¹⁶⁴.

6. LA JURISDICCIÓN SOCIAL: SENTENCIA DE 25 DE OCTUBRE DE 2016 Y SENTENCIA DE 16 DE NOVIEMBRE DE 2016¹⁶⁵

El Tribunal Supremo en el año 2016, dictó dos sentencias, solventando el debate jurisprudencial sobre la legitimación del padre/madre subrogante en la solicitud de las prestaciones concedidas por la legislación laboral, artículo 117 de la ley general de la seguridad social, (en adelante LGSS)¹⁶⁶.

No se hace referencia a la gestación por sustitución, ni en el Estatuto de los trabajadores (en adelante ET) en su artículo 48, ni el artículo 133 bis LGSS, ni tampoco en el RD 295/2009 por el que se regulan en nuestro ordenamiento jurídico las prestaciones

¹⁶² <http://noticias.juridicas.com/actualidad/noticias/13903-el-tedh-aboga-por-legalizar-la-relacion-de-la-madre-no-biologica-y-el-bebe-nacido-por-gestacion-subrogada/>.

¹⁶³ “El derecho del niño al respeto de su vida privada en el sentido del artículo 8 del Convenio no exige que dicho reconocimiento adopte la forma de inscripción en el registro de nacimientos, matrimonios y defunciones de los datos de la partida de nacimiento legalmente establecida en el extranjero; pueden utilizarse otros medios, como la adopción del niño por la madre comitente, siempre que el procedimiento establecido por la legislación nacional garantice que pueda ser aplicado con prontitud y eficacia, de conformidad con el interés superior del niño”. <https://www.iberley.es/noticias/primera-opinion-sobre-gestacion-subrogada-tedh-29544>.

¹⁶⁴ <http://noticias.juridicas.com/actualidad/noticias/13903-el-tedh-aboga-por-legalizar-la-relacion-de-la-madre-no-biologica-y-el-bebe-nacido-por-gestacion-subrogada/>.

¹⁶⁵ SSTs, Sala 4ª de lo Social, Sección 1ª, de 25 de octubre –RCUD 3818/2015– CENDOJ: 28079149912016100036 y 16 de noviembre de 2016, Pleno Sala 1ª de lo Social–RCUD 3146/2014–CENDOJ: 28079149912016100035.

¹⁶⁶ DE LA FUENTE NÚÑEZ DE CASTRO, M.S.: “La maternidad subrogada en España: ¿coherencia entre la jurisprudencia civil y laboral?: Reflexiones a propósito de la STS de 25 de octubre de 2016. Sala de lo Social”, Revista internacional de doctrina y jurisprudencia, Número 16, universidad de Almería, octubre, 2017, págs.1-49.

económicas por maternidad y paternidad¹⁶⁷. A pesar de ello, en recientes sentencias del TS se han ido reconociendo las prestaciones por maternidad y paternidad, indistintamente, a padres solteros, a parejas de un mismo sexo, así como a las formadas por un hombre y una mujer que no han podido tener descendencia por otros medios¹⁶⁸.

6.1 SSTS DE 25 DE OCTUBRE DE 2016 Y DE 16 DE NOVIEMBRE DE 2016

En estos dos casos, el TS se pronuncia sobre el acceso a la prestación de maternidad en un supuesto de gestación por sustitución. En el primer asunto de 25 de octubre de 2016, un hombre soltero, decide recurrir a un contrato de gestación por sustitución en la India, como resultado tiene lugar el nacimiento de dos niñas. Posteriormente, las niñas fueron inscritas en el Registro civil¹⁶⁹ y se establece con la mujer gestante que el padre asumiría todas las funciones y obligaciones relacionadas con la patria potestad¹⁷⁰. Mientras que, en el segundo caso, en la sentencia de 16 de noviembre de 2016, se trataba de una pareja heterosexual, los cuales realizaron un contrato de gestación por sustitución, en San Diego (California).

El conflicto surge cuando se presenta la solicitud de prestación por maternidad, en ambos casos, el INSS rechaza las solicitudes, y los asuntos pasan por varias instancias judiciales, hasta que llegan al TS¹⁷¹.

Y es ahí donde, el TS estima las prestaciones por maternidad, argumentado, por un lado, el interés superior del menor, el TS, sostiene que *la prestación de maternidad no protege única y exclusivamente a la madre, sino también al menor, quien debe de recibir durante sus primeros meses de vida unos cuidados especiales*¹⁷². Además, entiende que en

¹⁶⁷ SELMA PENALVA, A.: “Los nuevos retos de la prestación por maternidad ante los avances médicos en materia de reproducción asistida”, Revista Bioderecho.es, Vol. 1, núm. 1, 2014, Págs. 1-12.

¹⁶⁸ TALÉNS VISCONTI, E.: “La prestación de maternidad en los supuestos de gestación subrogada” Actualidad Jurídica Iberoamericana N° 9, agosto 2018, págs. 438-453.

¹⁶⁹ TALÉNS VISCONTI, E.: “La prestación de maternidad en los supuestos de gestación subrogada”, Ob. Cit. Págs. 438-453.

¹⁷⁰ “La mujer gestante, hizo una declaración jurada ante notario de Nueva Delhi, en la que dijo que, por razones geográficas e imposibilidad, no quiere ejercer ninguna de las funciones inherentes al ejercicio de guardia y custodia, y, por ello, concede al otro progenitor el ejercicio legal de estas funciones, aceptando que la guardia y custodia sea ejercida solo por el padre de las niñas”. MERCADER UGUINA J.R.: “La creación por el tribunal supremo de la prestación por maternidad subrogada: a propósito de las SSTS de 25 de octubre de 2016 y del 16 de noviembre de 2016”, Cuadernos de Derecho Transnacional, marzo 2017, Vol. 9, N° 1, págs. 454-467.

¹⁷¹ TALÉNS VISCONTI, E.: “La prestación de maternidad en los supuestos de gestación subrogada”, cit., págs. 438-453.

¹⁷² STS, Sala 4ª de lo Social, Sección 1ª, de 25 de octubre –RCUD 3818/2015– CENDOJ: 28079149912016100036 y 16 de noviembre de 2016, Pleno Sala 1ª de lo Social–RCUD 3146/2014– CENDOJ: 28079149912016100035.

artículo 2 del RD 295/2009, realiza una equiparación analógica, ya que establece que también son situaciones protegidas *“aquellas instituciones jurídicas declaradas por resoluciones judiciales o administrativas extranjeras, cuya finalidad y efectos jurídicos sean los previstos para la adopción y el acogimiento preadoptivo, permanente o simple, cuya duración no sea inferior a un año, cualquiera que sea su denominación”* ¹⁷³.

Por otro lado, se interpreta que, aunque el contrato de gestación por sustitución sea nulo, esto no puede suponer que al menor se le prive de sus derechos¹⁷⁴.

Por último, entiende que hay una protección a un estado de necesidad real, ya que el padre *“es el único de los progenitores que materialmente está al cuidado de las menores, la única forma de atender la situación de necesidad consiste en permitirle el acceso a las prestaciones”* ¹⁷⁵. Además, el artículo 39.2 CE dice *“que los poderes públicos aseguran, asimismo, la protección integral de los hijos, iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación”*¹⁷⁶.

7. PROPUESTAS A FAVOR DE LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN

7.1 PROPUESTA DE BASES GENERALES PARA SU REGULACIÓN POR EL GRUPO ÉTICA Y BUENA PRÁCTICA DE LA SOCIEDAD ESPAÑOLA DE FERTILIDAD ¹⁷⁷ ¹⁷⁸

En este documento, colaboraron algunos miembros del Seminario de Investigación Bioética de la Universidad Complutense de Madrid y otros profesionales externos. Esta propuesta lo que plantea, es una reflexión sobre las condiciones que habría que tener en cuenta sobre la regulación de la gestación por sustitución.

¹⁷³ Real Decreto 295/2009, de 6 de marzo, por el que se regulan las prestaciones económicas del sistema de la Seguridad Social por maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural. BOE, núm. 69, de 21/03/2009.

¹⁷⁴ En este sentido indica la sentencia, *“que una Ley Civil prescriba la nulidad del contrato de maternidad por subrogación no elimina la situación de necesidad surgida por el nacimiento del menor y su inserción en determinado núcleo familiar; y tal situación de necesidad debe ser afrontada desde la perspectiva de las prestaciones de Seguridad Social procurando que esos hijos no vean mermados sus derechos”* STS, Sala 4ª de lo Social, Sección 1ª, de 25 de octubre –RCUD 3818/2015– CENDOJ: 28079149912016100036 y 16 de noviembre de 2016, Pleno Sala 1ª de lo Social–RCUD 3146/2014– CENDOJ: 28079149912016100035.

¹⁷⁵ *Ibidem*.

¹⁷⁶ Constitución Española. BOE. núm. 311, de 29 de diciembre de 1978.

¹⁷⁷ Propuesta de bases generales para la regulación en España de la GS», del Grupo de Ética y Buena Práctica de la Sociedad Española de Fertilidad (SEF), de abril de 2016. Págs. 1-28.

¹⁷⁸ <https://www.sefertilidad.net/docs/grupos/etica/propuestaBases.pdf>.

Se parte de una serie de proposiciones como son la situación excepcional y justificada, estableciendo que solo se debería de producir cuando *“exista en la pareja subrogada o mujer sola subrogada una indicación médica para dicha técnica debidamente documentada o una situación de esterilidad estructural (pareja homosexual masculina u hombre sin pareja), habiéndose agotado, en su caso, otros tratamientos de fertilidad”*. Además, las partes deben de reunir unos requisitos objetivos de edad, capacidad, madurez, salud física y psicológica. Por otro lado, proponen como requisito también que se realice una comprobación de la situación socioeconómica de la mujer gestante para desechar la idea que la mujer lo realice, en una situación de necesidad, tal comprobación se podría realizar con un informe de un trabajador social.

La tercera proposición que plantean es que se establezca un número máximo de dos embriones a transferir, además de que debe de haber un seguro médico, por si la mujer gestante tuviese alguna complicación durante el proceso que afectase a su salud, junto a esto se le debe de prestar a la mujer gestante ayuda psicológica durante el embarazo, así como después de que diese a luz.

En cuarto lugar, se propone que al menos uno de los comitentes o comitente, aporte su propio material genético, pues se entiende que si no fuese así se podría fomentar la venta de bebés. Sin embargo, la mujer gestante no debería de aportar sus gametos, así se evita la vinculación genética con el futuro bebé y la mujer gestante. Además, de esta manera se mantendría el principio de anonimato del donante que rige en nuestro ordenamiento español.

Por otro lado, la elección de la mujer gestante será seleccionada exclusivamente por criterios médicos. Además, la mujer gestante no puede tener *“una relación de parentesco, laboral, de dependencia institucional o jerárquica con la pareja o mujer sola subrogada con el fin de que no quede afectada su libertad de decisión”*.

Por supuesto, no cabe una prestación económica a la gestante, no puede haber un lucro en este contrato, simplemente se establece una mera compensación económica, la cual sería establecida por la Administración pública, y que cubriría las molestias y gastos médicos relacionados con el proceso del embarazo.

Las solicitudes serían valoradas por un Comité Ético. Y se necesitaría una aprobación judicial previa al inicio del procedimiento, que verifique que hay un consentimiento libre, voluntario, y que no produce una explotación hacia la mujer ni un tráfico de menores.

“Así como que se dispone de la documentación clínica y social prevista, así como del informe favorable del Comité Ético”. Por otro lado, las partes tienen libertad para establecer un régimen de anonimato o no.

Además, se establece que la mujer gestante tiene el derecho a interrumpir el embarazo o continuarlo independientemente de que la pareja subrogada opine lo contrario. Sin embargo, no puede negarse a no dar el bebé a la pareja subrogada.

Asimismo, la Administración establecería un registro de gestantes por sustitución, similar al de donante de gametos y embriones, para evitar una reincidencia y controlar el número de veces que se hubiese estado como mujer gestante.

Las agencias intermediarias podrán estar presente, pero éstas deberán de actuar sin ánimo de lucro.

Hay que destacar que también se propone, que la mujer gestante tiene que tener previamente un hijo propio y sano, *“con el fin de que su consentimiento sea realmente informado de lo que supone un embarazo y haya desarrollado previamente su proyecto reproductivo personal”*. De esta forma, la mujer gestante sabe lo que conllevaría ese proceso, porque anteriormente ya ha pasado por ello. Además, habría una valoración psicológica durante todo el proceso, antes del embarazo, durante el mismo y postparto. Y si la mujer gestante tuviese un marido o una pareja, éste deberá de dar su consentimiento también.

7.2 INICIATIVA LEGISLATIVA POPULAR: LA PROPOSICIÓN DE LEY DE GESTACIÓN SUBROGADA PROMOVIDA POR LA ASOCIACIÓN POR LA GESTACIÓN SUBROGADA EN ESPAÑA¹⁷⁹

Esta proposición de Ley también tiene como finalidad la regulación de la gestación por sustitución. Y, además, asegurarse de que no se vulnere ningún derecho de las partes que intervienen en este contrato. Asimismo, también se pretende que más personas puedan acudir a esta técnica, y que deje de estar reservada solo a las personas que tienen cierta capacidad económica.

La ley se divide en tres capítulos; en el primer capítulo se establece; el objeto, el ámbito de aplicación, el concepto de las partes intervinientes, la definición de la técnica y las condiciones personales de la aplicación. En su segundo capítulo, *“se aborda la forma de*

¹⁷⁹ <http://xn--gestacionsubrogadaenespaa-woc.es/index.php/2013-10-16-13-08-07/proposicion-de-ley>.

cómo debe llevarse a cabo el proceso y se concretan las garantías para todos los intervinientes en el mismo, además de fijar el contenido mínimo del contrato de gestación por subrogación y formular las previsiones legislativas oportunas para la inscripción registral de la filiación y las previsiones en caso de premoriencia de los progenitores subrogantes “. En el último capítulo, el tercero, se establece,” la creación del Registro nacional de gestación por subrogación”.

En su artículo 2 se expone que la práctica de esta figura se realizará como última instancia, ya que, *“se tiene que haber agotado o ser incompatibles con otras técnicas de reproducción humana asistida”*. Además, *“se realizará solamente cuando haya posibilidades razonables de éxito, no suponga riesgo grave para la salud, física o psíquica, de la mujer gestante por subrogación o la posible descendencia y previa aceptación libre y consciente de su aplicación por parte de la mujer gestante, que deberá haber sido anterior y debidamente informada de los riesgos y de las condiciones de la técnica”*.

Por otro lado, su artículo 3, regula una serie de requisitos que debe de cumplir la mujer gestante, alguno de ellos son análogos a los que se contemplan en otras proposiciones de ley, estos son; que sea mayor de edad, buen estado de salud psicofísica¹⁸⁰ y plena capacidad de obrar. Por otro lado, se establece también que al menos debe de tener ya un hijo sano, y encontrarse en una situación socio - económica estable. Asimismo, tiene que *“haber residido en España durante los dos años inmediatamente anteriores a la formalización del contrato de gestación por subrogación”*

Y se establece que la gestación por sustitución no puede ser lucrativa o comercial, y que la compensación económica resarcitoria que pueda percibir, la mujer gestante, por parte de los comitentes, es una mera compensación por *“las molestias físicas, los gastos de desplazamiento y laborales y el lucro cesante inherentes al procedimiento, y proporcionar a la mujer gestante las condiciones idóneas durante los estudios y tratamiento pre-gestacional, la gestación y el post-parto”*.

Para los comitentes o progenitores, también se requiere que se cumplan una serie de requisitos. Entre estos, por un lado, se debe de cumplir lo recogido en su artículo 2, y además *“en el caso de parejas, las personas que la integren deberán estar unidas por el*

¹⁸⁰ En este sentido, se entiende que se deben de cumplir las exigencias recogidas para los donantes que se contemplan en la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida.

vínculo matrimonial, estar inscritas como pareja de hecho o mantener una relación análoga a las anteriores”.

En su artículo 5 se habla de la transferencia embrionaria y el parto de la mujer gestante por subrogación, esto se realizará *“de acuerdo con lo previsto, en lo que respecta a técnicas y eventuales donantes de material genético, de la LTRHA. Además, “los progenitores subrogantes se harán cargo, a todos los efectos, del niño o niños nacidos inmediatamente después del parto”.*

Por otro lado, también se recoge que, si se produjese alguna situación de las recogidas para la posibilidad de interrupción del embarazo, en la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo, en ese caso, *“la mujer gestante por subrogación podrá libremente adoptar la decisión que estime oportuna en el marco de la Ley”.* No obstante, si decide interrumpir el embarazo por alguna de las razones que se recoge en *“el artículo 14¹⁸¹ de la referida Ley Orgánica 2/2010, deberá devolver cualquier cantidad que hubiese recibido de los progenitores subrogantes e indemnizarles por los daños y perjuicios causados; esta decisión de la mujer gestante por subrogación supondrá su exclusión del Registro nacional de gestación por subrogación”.*

También se establece por parte de los comitentes, que deben de ser de nacionalidad española o *“haber residido en España durante los dos años anteriores a la formalización del contrato de gestación por subrogación. En caso de parejas progenitoras subrogantes bastará que uno de sus miembros cumpla la condición”.*

En su artículo 6 se expone que el contrato se debe de realizar ante un notario, *“redactado con sujeción a la presente Ley, y al que necesariamente se anexará el justificante de la inscripción de la mujer gestante por subrogación en el Registro”.*

¹⁸¹ Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo. BOE. núm. 55, del 5, de julio, 2010. En su artículo 14, de la Interrupción del embarazo a petición de la mujer, se establece que: podrá interrumpirse el embarazo dentro de las primeras catorce semanas de gestación a petición de la embarazada, siempre que concurren los requisitos siguientes:

a) Que se haya informado a la mujer embarazada sobre los derechos, prestaciones y ayudas públicas de apoyo a la maternidad, en los términos que se establecen en los apartados 2 y 4 del artículo 17 de esta Ley.
b) Que haya transcurrido un plazo de al menos tres días, desde la información mencionada en el párrafo anterior y la realización de la intervención.

Además, previamente, *“antes de cualquier aplicación de una técnica de reproducción humana asistida, el contrato deberá ser presentado ante el Registro nacional de gestación por subrogación”*.

Este contrato de gestación por sustitución debe de contener un mínimo de contenido como son: *la compensación económica que percibirá la mujer gestante, y forma y modo de percepción, las técnicas de reproducción humana asistida que se emplearán, forma, modo y responsables médicos del seguimiento del proceso de gestación y previsión del lugar del parto, designación de tutor, de acuerdo con lo prevenido en el artículo 223 del Código Civil, y detalles del seguro al que hace referencia el artículo 3.5 de la presente Ley”*.

En su artículo 8, expone algo que no da lugar a dudas, diciendo que, *“La persona o personas progenitores subrogantes, cuando hayan formalizado el contrato de gestación por subrogación y se haya producido la transferencia embrionaria a la mujer gestante por subrogación, no podrán impugnar la filiación del hijo nacido como consecuencia de tal gestación “*.

Además, se aplica el régimen previsto para las donaciones recogido, en el artículo 5.5 LTRHA ¹⁸².

Asimismo, se recoge la situación de premoriencia de uno de los dos progenitores subrogantes, en su artículo 9, estableciendo que, *“en el supuesto de que el progenitor subrogante supérstite decida continuar con el proceso, no podrá determinarse legalmente la filiación ni reconocerse efecto o relación jurídica alguna entre el hijo nacido por la aplicación de las técnicas reguladas en esta Ley y la persona fallecida cuando no se haya producido la transferencia embrionaria a la mujer gestante por subrogación ni el material reproductor del progenitor subrogante fallecido -en el caso*

¹⁸² Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida. BOE. núm. 126, de 28, de mayo, 2006. En su artículo 5.5, se establece que *“La donación será anónima y deberá garantizarse la confidencialidad de los datos de identidad de los donantes por los bancos de gametos, así como, en su caso, por los registros de donantes y de actividad de los centros que se constituyan.*

Los hijos nacidos tienen derecho por sí o por sus representantes legales a obtener información general de los donantes que no incluya su identidad. Igual derecho corresponde a las receptoras de los gametos y de los preembriones.

Sólo excepcionalmente, en circunstancias extraordinarias que comporten un peligro cierto para la vida o la salud del hijo o cuando proceda con arreglo a las Leyes procesales penales, podrá revelarse la identidad de los donantes, siempre que dicha revelación sea indispensable para evitar el peligro o para conseguir el fin legal propuesto. Dicha revelación tendrá carácter restringido y no implicará en ningún caso publicidad de la identidad de los donantes”.

de que debiera aportarlo- no se halle en el útero de la mujer gestante por subrogación en momento de la muerte del progenitor subrogante que aporte material genético”.

Sin embargo, el comitente, puede dar su consentimiento, en el contrato de gestación por sustitución, *“para que su material reproductor -si debe aportarlo- pueda ser utilizado en los 12 meses siguientes a su fallecimiento para la fecundación y posterior transferencia embrionaria a la mujer gestante por subrogación. Tal generación producirá los efectos legales que se derivan de la filiación”.* Este consentimiento puede ser revocado.

También se recoge, en el artículo 10, la situación de una premoriencia de los dos progenitores subrogantes o del progenitor subrogante único. En esta situación, el contrato seguirá siendo válido *“a efectos de determinar la filiación, estando obligados a promover la inscripción por la declaración correspondiente las personas determinadas en el artículo 43¹⁸³ de la Ley de 8 de junio de 1957, sobre el Registro Civil”.*

Por último, en su artículo 11, se establece un registro nacional de gestación por subrogación, de esta forma, se puede mantener un control. Además, se impone como condición necesaria para ser una mujer gestante, estar inscrita en dicho Registro.

7.3 PROPOSICIÓN DE LEY REGULADORA DEL DERECHO A LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN POR EL GRUPO PARLAMENTARIO CIUDADANOS ¹⁸⁴

El 8 de septiembre de 2017, el Grupo Parlamentario Ciudadanos, presentó una proposición de Ley reguladora del derecho a la gestación por subrogación, mucho de su contenido se refleja en las anteriores proposiciones de regulación ya mencionadas.

Es el primer texto que ya está en el Congreso de los Diputados. Y dentro de su exposición de motivos, se establece que nuestro ordenamiento jurídico no llega a ofrecer los

¹⁸³ Ley de 8 de junio de 1957 sobre el Registro Civil. BOE. núm. 151, 1, de enero, 1959. Su artículo 43 regulada que, *“Están obligados a promover la inscripción por la declaración correspondiente:*

Primero. El padre.

Segundo. La madre.

Tercero. El pariente más próximo o, en su defecto, cualquier persona mayor de edad presente en el lugar del alumbramiento al tiempo de verificarse.

Cuarto. El jefe del establecimiento o el cabeza de familia de la casa en que el nacimiento haya tenido lugar.
Quinto. Respecto a los recién nacidos abandonados, la persona que los haya recogido”.

¹⁸⁴ Proposición de Ley reguladora del derecho a la GS, presentada el 27 de abril de 2017. Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, XII Legislatura, Serie B. Propositiones de ley, núm. 145-1, de 8 de septiembre de 2017.

mecanismos necesarios para que se pueda conseguir la libertad de los ciudadanos, remitiéndose a que LTRHA, excluye de su ámbito de regulación la gestación subrogada. Y con ello, aludiendo a que tanto la familia, como las formas de concebirla y vivirla han cambiado con el paso del tiempo, por ello, *“cerrar los ojos a esta evidencia es como cerrar los ojos a la luz que ilumina nuestro progreso como sociedad y Estado”*¹⁸⁵. Además, también se hace referencia a la Instrucción de 5 de octubre, diciendo que *“ha dejado sin contenido efectivo la nulidad del contrato de gestación subrogada contenida en la LTRHA, al hacer posible la inscripción en el Registro Civil español del fruto del contrato, con la única condición de que no se haya formalizado en España”*.

No obstante, ante esto hay que decir, que la Dirección General de los Registros y del Notariado es un organismo administrativo dependiente del Ministerio de Justicia. La DGRN no tiene facultades normativas, este organismo administrativo no puede dejar sin efecto lo establecido en la LTRHA. En todo caso, *“se podría decir que es la doctrina del Tribunal Supremo la que ha dejado sin efecto en la práctica la citada Instrucción”*¹⁸⁶.

En el artículo 4 establece una serie de requisitos para que se pueda llevar a cabo el contrato de gestación por subrogación; estos requisitos son, en primer lugar, que *“la gestación por subrogación se realizará solamente cuando haya posibilidades razonables de éxito, no suponga riesgo grave para la salud, física o psíquica, de la mujer gestante o la posible descendencia y previa aceptación libre y consciente de su aplicación por parte de la mujer, que deberá haber sido anterior y debidamente informada de los riesgos y de las condiciones de la técnica, en los términos establecidos en esta Ley”*.

En segundo lugar, *“el progenitor o progenitores subrogantes deberán haber agotado o ser incompatibles con las técnicas de reproducción humana asistida”*. En tercer lugar, *“la mujer gestante por subrogación no podrá tener vínculo de consanguineidad con el o los progenitores subrogantes”*. Con esto, no se podría dar el caso de que se realice a favor de una hija o de una hermana. Y en cuarto lugar *“la utilización auxiliar de las*

¹⁸⁵ NAVARRO MARTÍNEZ, JÍMENEZ GONZÁLEZ, MARTÍN SÁNCHEZ Y AMOR PINILLOS CAPEL.: *“Comentarios a la iniciativa legislativa popular de Gestación subrogada”*, Revista Bioderecho.es, Vol. 1, núm. 1, 2014, pág. 3. Estos autores opinan que *“la gestación subrogada es una realidad en nuestro país y el derecho se encarga de regular la realidad social. Un estado de derecho no puede ignorar el devenir de los acontecimientos y es necesario regular la gestación subrogada ya sea en términos más amplios o estrictos si es algo que está ocurriendo con o sin regulación”*.

¹⁸⁶ SALAS CARCELLER, A.: *“Gestación subrogada. Hacia una ley reguladora”*, Revista Aranzadi Doctrinal num.10/2017 parte Tribuna, Editorial Aranzadi, S.A.U., Cizur Menor. 2017.

técnicas de fecundación in vitro o afines que sean necesarias para la gestación por subrogación se llevará a cabo, de acuerdo con lo dispuesto en la LTRHA”.

Por otro lado, su artículo 5 establece esta figura de manera altruista¹⁸⁷, exponiendo que no puede ser lucrativa o comercial. Pero que sí cabe una compensación resarcitoria¹⁸⁸ para la mujer gestante. Además, en su artículo 7 se enumeran una serie de requisitos que se tienen que dar por parte de la mujer gestante, estos requisitos son: *“ser mayor de 25 y menor de la edad que reglamentariamente se fije en función de las condiciones psicofísicas que se consideren adecuadas para la gestación con éxito. Por otro lado, tener plena capacidad jurídica y de obrar, tener buen estado de salud psicofísica, conforme a lo dispuesto en el artículo 5.6 de LTRHA, respecto de las exigencias fijadas a los donantes. Además, hay que tener buen estado de salud mental y, en particular, no haber sufrido episodios de depresión o desórdenes psíquicos. Y haber gestado, al menos, un hijo sano con anterioridad. Asimismo, disponer de una situación socio-económica, así como familiar, adecuadas para afrontar la gestación en condiciones óptimas de salud, bienestar y seguridad. Además, poseer la nacionalidad española o residencia legal en España. No tener antecedentes penales. No tener antecedentes de abuso de drogas o alcohol, y, por último, no haber sido mujer gestante por subrogación en más de una ocasión con anterioridad”.*

Además, en el apartado cuarto de su artículo 5 se establece que, el Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, previo informe de la Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida, establecerá las reglas que garanticen el respeto al carácter gratuito de la gestación.

Es importante destacar que en su artículo 6.2, se recoge que las disposiciones de la ley no derogan o limitan, los derechos que se reconocen a la mujer tanto en la legislación general y, como en la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo.

¹⁸⁷ CASADO M, Y MICHEL NAVARRO, M.: *“Documento sobre gestación por sustitución”* “Edicions Universitat de Barcelona, febrero, 2019, pág. 29. Este documento realiza una crítica en este sentido, entendiendo que se podría producir *“un mercado low cost bajo el cual podrían encubrirse, además, conductas ilícitas de trata y tráfico de personas”*.

¹⁸⁸ Se entiende como compensación económica resarcitoria, aquella que cubra *“los gastos estrictamente derivados de las molestias físicas, los de desplazamiento y los laborales, y el lucro cesante inherentes a la gestación, así como, proporcionar a la mujer gestante las condiciones idóneas durante los estudios y tratamiento pregestacional, la gestación y el post-parto”*.

Asimismo, los progenitores o el progenitor también tienen que cumplir una serie de requisitos, los cuales se recogen en su artículo 8. Dentro de estos requisitos se establece que, los progenitores previamente deben de haber agotado o ser incompatibles con otras técnicas de reproducción humana asistida. Además, deben de aportar su material genético. Por otro lado, deben de ser mayores de 25 años y menores de 45 años, y tener plena capacidad jurídica de obrar, así como, tener la nacionalidad española o residencia legal en España. Y acreditar la capacidad, aptitud y motivación necesarias para ejercer la responsabilidad parental.

Deben de ser parejas que estén unidas por el vínculo del matrimonio o que se encuentren una análoga situación que se encuentre reconocida por la ley, sin embargo, es suficiente con que una de ellas cumpla con los requisitos que he mencionado anteriormente.

Este contrato de gestación por subrogación ha de ser otorgado ante Notario, esto se refleja en su artículo 9, además dicho artículo establece el contenido mínimo;” *identidad de las partes intervinientes, consentimiento informado, libre, expreso e irrevocable de las partes intervinientes. Así como, los conceptos por los cuales la mujer podrá percibir una compensación económica, las técnicas de reproducción humana asistida que se emplearán, información sobre el seguro al que hace referencia el artículo 5.5 de la presente Ley, forma, modo y responsables médicos del seguimiento del proceso de gestación, previsión del lugar del parto y de las circunstancias en las que el o los progenitores subrogantes se harán cargo del hijo o hijos. Y la designación de tutor, de acuerdo con lo previsto en el artículo 223 del Código Civil*”.

También se contempla en la ley (artículos 13 y 14) el supuesto de premoriencia de uno de los dos progenitores subrogantes o el fallecimiento de los progenitores subrogantes durante la gestación.

Por otro lado, la ley expone, una serie de infracciones; muy graves, graves o leves. Dentro de las infracciones muy graves destaco las siguientes las cuales se encuentran en el artículo 24 apartado 2.c) ; “*la realización del proceso de gestación por subrogación cuando este suponga un riesgo muy grave para la salud, física o psíquica, de la mujer gestante o la posible descendencia, la participación en el proceso de gestación por subrogación de la mujer gestante cuando esta incumpla dolosamente los requisitos u obligaciones establecidos en el artículo 7 de la presente Ley, la participación en el proceso de gestación por subrogación por parte de él o los progenitores subrogantes*

incumpliendo dolosamente los requisitos previstos en el artículo 8 de la presente Ley, el pago de cualquier cantidad dineraria o en especie a la mujer gestante que contravenga la naturaleza altruista del derecho a la gestación por subrogación, de acuerdo con el artículo 5 de la presente Ley”, entre otras . Para este tipo de infracciones muy graves su sanción económica va desde la multa de 10.001 €a 1.000.000 €

7.4 LA ASOCIACIÓN SON NUESTROS HIJOS ¹⁸⁹

La Asociación Son Nuestros Hijos (SNH) quedó inscrita en el Registro del Ministerio del Interior, el día 29 de agosto del año 2013.

Esta Asociación apoya un modelo de familia diferente a la visión tradicional. Abogan por la voluntad y el compromiso de ser padre o madre. Y establecen que no importa quién los haya gestado, (rompiendo con el principio “*mater semper certa est*”) o cual sea su origen genético.

Esta Asociación lucha porque se cumplan una serie de reivindicaciones como son: que la gestación por sustitución se entienda como un derecho reproductivo, además, pretenden que se “*proporcione ayuda mutua mediante el intercambio de información*”. Por otro lado, también, “*reivindican el acceso al Registro Civil de sus hijos*”. Y que se elabore una regulación de la gestación por sustitución en nuestro ordenamiento jurídico. Además, que se ofrezca, un trato igualitario a las familias. Y, por último, que “*se visualicen sus modelos de familias*”.

Para que se puedan cumplir lo mencionado, la Asociación Son Nuestros Hijos sugieren una serie de actuaciones. En primer lugar, una visibilidad de la Técnica, entendiendo que la ocultación de esta técnica solo conlleva a una vulneración de los Derechos fundamentales (en adelante DDFF), como son la dignidad de las personas. En segundo lugar, la defensa de nuestros hijos, exponiendo que los niños que nacen mediante esta técnica son iguales a los que nacen por otras técnicas de reproducción humana asistida. En tercer lugar, defienden los derechos de las mujeres gestantes, proclamando, que “*nunca se puede agradecer lo suficiente el esfuerzo y la generosidad que supone donar la capacidad de gestación para que otro logre ser madre/padre*”. En cuarto lugar, plantean la creación de un punto de encuentro y apoyo mutuo, para aquellas personas que

¹⁸⁹ <http://www.sonnuestroshijos.com/>.

deciden acudir a la técnica de la gestación por sustitución. De esta forma, tener un lugar donde de forma desinteresada, se puedan ayudar unos a otros, con las experiencias vividas previamente. Y aclarar dudas que puedan surgir, y solucionar los problemas, para las personas que recurren a la gestación por sustitución para construir su propia familia.

Por otro lado, proponen una colaboración con la administración para la regulación de la gestación por sustitución.

Además, pretenden una normalización de esta técnica en la sociedad “*mediante la información clara y veraz, desmontando las fabulaciones y los conceptos erróneos que se han ido creando alrededor de la GS. Esta normalización es esencial para prevenir el bullying a nuestros hijos, un efecto secundario directo de las campañas que organizan quienes se oponen a la técnica*”.

Y en último lugar, defender los derechos de las familias, como, por ejemplo, el derecho a la prestación por maternidad o paternidad.

8. PROPUESTAS EN CONTRA DE LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN

8.1 INFORME DESFAVORABLE DEL CÓMITE DE BIÓTICA EN ESPAÑA¹⁹⁰ ¹⁹¹

Este informe se encuentra totalmente en contra de la práctica de la gestación por sustitución, ya sea altruista o comercial. En este sentido, entienden que va en contra de la dignidad de la mujer “*porque su cuerpo se convierte durante nueve meses en mero instrumento para satisfacer los deseos de otros*”. Además, exponen que “*atenta contra el interés superior del niño porque rompe su vínculo materno tras el parto y le expone a un riesgo frecuente y grave de cosificación*”. Por ello, esta proposición pretende la nulidad de cualquier tipo de contrato de gestación por sustitución, independientemente del lugar donde se realice la práctica.

De esta manera, procuran que no se produzca una explotación de las mujeres y una vulneración del interés superior del menor, al entender que cualquier regulación que se

¹⁹⁰ Informe del comité de Bioética de España sobre los aspectos éticos y jurídicos de la Maternidad subrogada, 16 de mayo, 2017, págs. 1-93.

¹⁹¹http://assets.comitedebioetica.es/files/documentacion/es/informe_comite_bioetica_aspectos_eticos_juridicos_maternidad_subrogada.002.pdf.

pudiese hacer quedaría insuficiente para garantizar los derechos de la mujer gestante y del menor.

Además, plantean una reforma en la ley, basada en el principio de mínima intervención, entendiendo que se debería de conseguir la nulidad de los contratos de gestación por sustitución. Que no solo se produjese en nuestro ordenamiento jurídico dicha nulidad. Sino que también resultase en aquellos países extranjeros, donde se está llevando a cabo la práctica. Y, por último, reflexionar sobre la probabilidad de sancionar a las agencias intermediarias¹⁹².

Por otro lado, el voto particular entiende que hay que hacer algo con la situación. Porque desde su punto de vista, por un lado, *“se está vulnerando el ordenamiento jurídico con su práctica en el extranjero y de ese modo la continuación de la práctica fraudulenta. Por otro lado, de algún modo significaría aceptar las desigualdades que se generan entre las parejas en función de su capacidad económica, y el hecho de que de forma velada por algunas instituciones y abierta por algunas agencias intermediarias se fomente el recurso a la maternidad subrogada de nuestros conciudadanos en el extranjero. Y, además, no hay un límite normativo, las parejas pueden elegir el país que mejor se adapte legalmente a sus necesidades o aspiraciones particulares”*.

Por todo esto, el voto particular entiende que los poderes públicos deberían de intervenir y adoptar medidas legales para detener la situación que hay.

8.2 ASOCIACIÓN MUJERES PARA LA SALUD (NO SOMOS VASIJAS)¹⁹³

Este manifiesto está en contra de la gestación por sustitución. Parte de la idea de que *“el deseo de paternidad/maternidad, nunca puede sustituir o violar los derechos que asisten a las mujeres y los menores. El deseo de ser padres-madres y el ejercicio de la libertad no implica ningún derecho a tener hijos.”*

Dicho manifiesto se argumenta; en primer lugar, en el derecho a decidir de las mujeres en materia de derechos sexuales y reproductivos. Entendiendo que la gestación por

¹⁹²En este sentido, se ha elaborado un informe interno a petición del Consejo Asesor de Políticas de Igualdad del PSOE, denominado “sobre los dilemas éticos y jurídicos de la gestación por sustitución”. En dicho informe se propone sancionar a las agencias intermediarias “. https://elpais.com/sociedad/2018/12/28/actualidad/1546022144_275202.html.

¹⁹³ <https://www.mujeresparalasalud.org/no-somos-vasijas/>.

sustitución implica que las mujeres no pueden decidir durante el embarazo, ni en la crianza y educación del menor. Y, además, catalogan la técnica de reproducción humana asistida, con el concepto de vientres de alquiler. Estableciendo que es un caso de violencia obstétrica extrema¹⁹⁴, ya que, las mujeres no hacen bebés en interés de los criadores.

Por otro lado, exponen que, aunque se pueda dar el caso de altruismo y generosidad eso no conlleva que no exista una mercantilización del deseo de ser padre o madre. Y un tráfico de la capacidad reproductiva de las mujeres, dando con ello a la compra de niños. Entendiendo que si se legalizase la maternidad subrogada también daría lugar a un incremento de los casos comerciales de esta práctica. Con ello, contempla que la figura de la gestación por sustitución no es más que un alquiler de vientre. Y que la integridad del cuerpo humano no puede estar sujeto a ningún contrato¹⁹⁵.

9. HIPOTÉTICA REGULACIÓN GARANTISTA PROPUESTA POR EL GRUPO DE OPINIÓN DEL OBSERVATORIO DE BIOÉTICA Y DERECHO ¹⁹⁶

El Grupo de Opinión del Observatorio de Bioética y Derecho exponen, que hay suficientes razones para que se prohíba la gestación por sustitución. Entienden que la admisión de esta figura puede producir situaciones de explotación a la mujer y al bebé nacido por la gestación por sustitución. Por ello abogan por la simplificación del proceso de adopción.

No obstante, ante la incertidumbre de que se pueda producir alguna regulación, entiende que se deben de dar unas pautas para que se puedan proteger los derechos de todas las partes involucradas. Para ello, propone que debe de existir un control judicial previo. Porque mediante este control se podría garantizar la validez del consentimiento de las partes del contrato y que no se realizase con una causa lucrativa. Por otro lado, los sujetos involucrados deberían de *“recibir de forma separada, información específica de las implicaciones legales, físicas y emocionales”* que implica la práctica de esta figura, antes

¹⁹⁴ La violencia obstétrica se entiende como el abuso físico, sexual y verbal, la intimidación, la coacción, la humillación y agresión que se produce durante el trabajo de parto y al momento de dar a luz la mujer, por personal médico, enfermeras y parteras. En resumen, la violencia obstétrica es cualquier momento en que una persona en trabajo de parto o nacimiento experimenta maltrato o falta de respeto a sus derechos, incluido el ser forzado a someterse a procedimientos en contra de su voluntad, a manos del personal médico. <https://conceptodefinicion.de/violencia-obstetrica/>.

¹⁹⁵ http://nosomosvasijas.eu/?page_id=1153.

¹⁹⁶ CASADO M, Y MICHEL NAVARRO, M.: “Documento sobre gestación por sustitución” Edicions Universitat de Barcelona, febrero, 2019, págs. 38 – 41.

de que se produzca el consentimiento. Además, no debería de existir ningún intermediario con ánimo de lucro. Y se tendría que poner la posibilidad de que la mujer gestante pudiese cambiar de opinión en cualquier momento. Ya sea durante el proceso del embarazo o cuando naciese el niño. Asimismo, proponen un control análogo al que se produce en el proceso de adopción sobre la idoneidad de los comitentes y de la mujer gestante. Por último, proponen una *“inscripción registral de la práctica, y su publicidad restringida, para garantizar el derecho del menor a conocer su propio origen”*.

10.LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN EN LAS INSTITUCIONES EUROPEAS

10.1 EL PARLAMENTO EUROPEO

El Parlamento Europeo, se manifestó sobre la gestación por sustitución en el año 2015 en el Informe anual sobre Derechos Humanos y Democracia en el Mundo (2014). En dicho informe, *“condena la práctica de la gestación por sustitución, que es contraria a la dignidad humana de la mujer, ya que su cuerpo y sus funciones reproductivas se utilizan como una materia prima. Estima que debe prohibirse esta práctica, que implica la explotación de las funciones reproductivas y la utilización del cuerpo con fines financieros o de otro tipo. En particular en el caso de las mujeres vulnerables en los países en desarrollo. Y pide que se examine con carácter de urgencia en el marco de los instrumentos de derechos humanos”*¹⁹⁷.

Sin embargo, en el informe de 2015, el parlamento no se volvió a pronunciar sobre este asunto, lo cual según desde la opinión del comité de bioética de España admitiría dos interpretaciones. Se podría entender en un primer lugar, que en el año 2016 no hubo un acuerdo sobre la gestación por sustitución. Aunque también se podría entender por el contrario que la Unión Europea ya se pronunció en su momento sobre el asunto. Y que, por ello, no debe volver a reiterarse su postura¹⁹⁸.

¹⁹⁷ Resolución del Parlamento Europeo, de 17 de diciembre de 2015, sobre el Informe anual sobre los derechos humanos y la democracia en el mundo (2014) y la política de la Unión Europea al respecto. (2015/2229(INI)). https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-8-2015-0470_ES.html?redirect. (consultado 11 de junio de 2019).

¹⁹⁸ Informe del comité de Bioética de España sobre los aspectos éticos y jurídicos de la Maternidad subrogada, Ob. Cit., pág. 46.

10.2 CONSEJO DE EUROPA ¹⁹⁹

En octubre de 2016 la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa no admitió una proposición de recomendación en la que se formulaba favorecer normas para proteger los derechos de los menores en relación con los contratos de subrogación. Dicha proposición, se amparaba en un informe desarrollado por una parlamentaria socialista belga, Petra de Sutter, a instancias del Comité de Asuntos Sociales, Salud y Desarrollo Sostenible del Consejo de Europa. Posteriormente en el mismo año, en el mes de septiembre, la misma parlamentaria volvió a plantear el tema de la gestación por sustitución al comité, en ese momento si fue admitida y remitida a la Asamblea Parlamentaria, la cual, no obstante, fue rechazada ^{200 201}.

10.3 LA CONFERENCIA DE LA HAYA SOBRE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

La Conferencia de La Haya sobre Derecho internacional Privado (HCCH) como organización supranacional, tiene como finalidad buscar la homologación de las normas de Derecho internacional privado a nivel mundial. Y ya, desde 2012 se ha ido inquietando por los problemas que podría plantear la gestación por sustitución, entre otros, los que hacen referencia a la filiación de los bebés nacidos por esta figura.

En 2015 se pronunció sobre los problemas que se podrían suscitar; como el *“caso de abandono de niños por parte de los comitentes, bien por razones de salud o bien de preferencia de sexo, o la inadecuación de los comitentes para ser padres y riesgo de tráfico de niños. Así como, el derecho del niño a conocer sus orígenes genéticos y biológicos. Y los problemas relativos a la libertad del consentimiento de las gestantes. Por último, las malas prácticas por parte de los agentes intermediarios de la subrogación”*²⁰².

¹⁹⁹ Consejo de Europa. Asamblea Parlamentaria, “*Children’s rights related to surrogacy*”, 21 de septiembre, 2016. Disponible en: <http://website-pace.net/documents/19855/2463558/20160921-SurrogacyRights-EN.pdf/a434368b-2530-4ce4-bbc0-0113402749b5>.

²⁰⁰ Informe del comité de Bioética de España sobre los aspectos éticos y jurídicos de la Maternidad subrogada, Ob. Cit., pág. 46.

²⁰¹ El resultado de la votación se encuentra disponible en: <http://assembly.coe.int/nw/xml/Votes/DB-VotesResultsFR.asp?VoteID=36189&DocID=16001&M%20emberID>.

²⁰² Informe del comité de Bioética de España sobre los aspectos éticos y jurídicos de la Maternidad subrogada, Ob. Cit., pág. 44.

11.CONCLUSIONES

A lo largo de este trabajo he podido constatar como la filiación mediante gestación por sustitución es una realidad social en nuestro país. Porque cada vez son más las personas que recurren a esta técnica de reproducción humana asistida.

Por ello, en la situación actual que nos encontramos, es necesario que se realice una regulación de la gestación por sustitución en nuestro ordenamiento jurídico. Porque actualmente, hay un panorama jurídico caótico, los diversos pronunciamientos que han ido surgiendo son insuficientes para dar una respuesta a la situación.

Además, de que, las respuestas de los ordenamientos jurídicos ante la situación de la gestación por sustitución provocan el fenómeno conocido como “*turismo reproductivo internacional*” o “*turismo procreativo*” o más conocido como “*cross – border reproductive care*”.

Esto se debe entre otros factores, a la movilidad internacional. Hay muchas personas o parejas que no pueden acudir a la gestación por sustitución en su propio país porque está prohibida. Y entonces, acuden a países donde sí se permiten este tipo de técnicas. De esta manera se produce un aumento de gestación por sustitución internacional. Y a su vez, esta situación crea problemas.

Por un lado, surgen problemas, cuando los padres comitentes quieren volver a casa. Por ejemplo, que el menor no sea considerado nacional del Estado donde haya nacido. También podría darse el caso, de que el niño se encuentre en el estado de residencia de los padres comitentes y se intente regularizar la situación, y no se reconozca la filiación determinada en el extranjero.

Este fenómeno es preocupante porque es solo una posibilidad para aquellas personas que tienen una fuerte economía, es decir, que tienen una gran capacidad económica. Ya que, solo el hecho de desplazarte a ese país extranjero ya supone un gran coste económico. Además, de que no puede haber un absoluto control de la calidad o seguridad de los servicios ofrecidos porque no existe ninguna regulación que ampare los derechos de todos los intervinientes. Y esto, puede conllevar a una explotación de mujeres en países en proceso de desarrollo por parte de ciudadanos de fuerte economía, que provienen de países desarrollados.

Por otro lado, hay una discriminación, porque con el sistema de inscripción actual, se exige resolución judicial extranjera. De esta forma, solo pueden acceder a ello, quienes tienen una gran capacidad económica, para acudir a países como EE. UU, donde el procedimiento está judicializado. Fomentándose, en este sentido, el mencionado, turismo reproductivo. Ya que, la nulidad de los contratos en nuestro ordenamiento jurídico fomenta que se produzca un mercado negro, los españoles acuden a países donde se permite este tipo de técnica. Acudiendo con ello a lugares poco garantistas, sitios donde en muchas ocasiones se vulneran los derechos de las mujeres, y dónde la práctica se realiza en malas condiciones.

Además, hay diferencias de trato legal entre las mujeres con problemas en el útero y las mujeres con problemas médicos ováricos. Asimismo, el artículo 10.3 LTRHA permite a los varones reclamar la paternidad si han aportado su material genético. Sin embargo, en el caso de las mujeres no es así. Aunque la mujer comitente aporte su propio material genético, tendría que adoptar a su bebé.

Algunos estudios frente a esta situación abogan por agilizar los procedimientos de adopción, pero esta solución no tiene nada que ver con la gestación por sustitución. Porque para muchas personas es importante tener un hijo que sea genéticamente suyo, además de que la adopción y la gestación por sustitución son dos instituciones totalmente diferentes. La finalidad de la adopción es dar una familia a ese niño. Además, esta “solución” no garantiza la no vulneración del orden público, ni evita la mercantilización de las mujeres y los niños.

Otra alternativa podría ser la ectogénesis o úteros artificiales, y de esta forma no habría ninguna cosificación ni explotación hacia la mujer gestante como entienden algunos colectivos. No obstante, esto podría provocar también debates jurídicos y bioéticos.

Por otro lado, se podría prohibir absolutamente la gestación por sustitución, tanto en nuestro ordenamiento como en el país donde es legal realizarlo. De esta forma nadie podría acudir a esta técnica, aunque tuviese una gran capacidad económica. Pero para esto, habría que llegar a un acuerdo internacional, algo que resulta muy complicado actualmente.

En último lugar, algunos sectores como la asociación mujeres para la salud “*no somos vasijas*” consideran como he mencionado anteriormente que, aunque se legalizase la maternidad subrogada también daría lugar a un incremento de los casos comerciales de

esta práctica. Y con ello, se vulneraría la integridad del cuerpo humano. No obstante, opino que es más perjudicial aún, que no exista una regulación de la gestación por sustitución. Porque a día de hoy, ya se están vulnerando los derechos de las partes implicadas porque no hay una regulación.

Por todo esto, en mi opinión y viendo la situación en la que nos encontramos, la mejor solución es que se realizase una regulación garantista de la gestación por sustitución, donde se puedan garantizar todos los derechos de las partes intervinientes. Y que exista un control judicial previo de la situación, además de que se revisen las condiciones de la mujer gestante, sobre todo el momento en el que otorga su consentimiento. Se podrían poner una serie de requisitos como la edad de la mujer gestante. Algunos de esos requisitos, podrían ser; la situación económica que tiene, para que la mujer no lo haga impulsada por un estado de necesidad, o que ya haya tenido más hijos, para que pueda hacerse una idea de lo que conlleva la situación.

No obstante, aunque los avances científicos estén permitiendo convertirse en padres/madres a personas que les estaba vedada esta posibilidad por condiciones biológicas. A pesar de esto, esta ilusión de ser padre / madre no puede ser a cualquier precio porque hay muchos factores en juego, y el primordial, los derechos de los menores, por ello se debe de seguir unos cauces legales adecuados.

Además de que, la regulación de la gestación por sustitución daría una respuesta a la creciente demanda social, y podría suponer un freno al turismo reproductivo. Por otro lado, se garantizaría el derecho a la reproducción a una parte de la sociedad, y se tendría una mayor seguridad jurídica y control legal, para evitar las posibles situaciones de explotación. Y de esta manera, todas las personas podrían acudir a la gestación por sustitución en igualdad de condiciones y, esta técnica, dejaría de estar al alcance de unos pocos ciudadanos que se lo pueden permitir al contar con elevados ingresos económicos.

Por último, se rompería en nuestra sociedad con el reconocimiento de la condición de ser padres. Atendiendo de una vez por todas a los cambios sociales y científicos, y a la voluntad de ser padre o madre, asumiendo las consecuencias y responsabilidades que ello conlleva. Y no dependiendo, del hecho de que la simple gestación de un bebé conlleve a ser madre automáticamente, sino que ser madre signifique algo que va mucho más allá, que gestar y parir.

En base a lo expuesto, considero que la solución no es la prohibición de la gestación por sustitución, sino la legalización de la misma. Pues hay que tener en cuenta que la sociedad es cambiante, y el derecho a de ser acorde a la realidad de hoy en día.

Además, como decía TITO LIVIO *“En un pueblo libre, es más poderoso el imperio de la ley que el de los hombres. Ninguna ley puede contentar a todos”*²⁰³.

²⁰³ <https://on-time.es/productividad/teoria-5w/who/reflexion/citas/tito-livio/>.

BIBLIOGRAFÍA

- ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, A Y CARRIZO AGUADO, D.: *“Tratamiento legal del contrato de gestación por sustitución el derecho internacional privado español a la luz de la STS de 6 de febrero de 2014. Dime niño, ¿de quién eres...?”*.
- ARTETA ACOSTA C.: *“Maternidad subrogada”*, Revista de Ciencias Biomédicas, Cartagena (Colombia) febrero, 2011.
- ATIENZA, M.: *“Bioética, Derecho y argumentación “*, palestra, 2ª ed., Lima, 2010.
- AZNAR DOMINGO A, Y DELGADO SÁNCHEZ A.: *“Regulación y análisis de la Gestación por sustitución en España.”* Edit. Wolters Kluwer, Diario la Ley, Nº 9099, sección tribuna, 14 de diciembre de 2017.
- CALVO CARAVACA, A.L., Y CARRASCOSA GONZALEZ, J.: *“Gestación por sustitución y derecho internacional privado. Más allá del tribunal supremo y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”*. Cuadernos de Derecho Transnacional (octubre 2015), Vol. 7, Nº 2.
- CALVO CARAVACA, A.L. y CARRASCOSA GÓNZALEZ, J.: *“Notas críticas en torno a la instrucción de la dirección general de los registros y del notariado de 5 de octubre de 2010 sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución”*, Cuadernos de Derecho Transnacional, marzo, 2011, Vol. 3, Nº 1.
- CASADO M, Y MICHEL NAVARRO, M.: *“Documento sobre gestación por sustitución “*Edicions Universitat de Barcelona, febrero, 2019.
- DE LA FUENTE NÚÑEZ DE CASTRO, M.S.: *“La maternidad subrogada en España: ¿coherencia entre la jurisprudencia civil y laboral?: Reflexiones a propósito de la STS de 25 de octubre de 2016. Sala de lo Social”*, Revista internacional de doctrina y jurisprudencia, Número 16, universidad de Almería, octubre, 2017.
- DE MIGUEL ASENSIO, P.: *“El reconocimiento en España de la filiación de nacidos mediante gestación por sustitución tras las sentencias Mennesson y Labasse del TEDH”*, 26 de junio, 2014,
- DE VERDA Y BEAMONTE, J.R. 2010 *“Inscripción de hijos nacidos mediante gestación por sustitución. A propósito de la sentencia del juzgado de primera*

- instancia nº.15 de Valencia, de 15 de septiembre de 2010*”, Diario La Ley, 3 de noviembre, 2010, nº 7501, sección tribuna.
- DÍAZ FRAILE, J.M.^a: “*La Gestación por sustitución ante el Registro Civil español, evolución de la doctrina de la DGRN y de la jurisprudencia española y europea*” Revista de Derecho Civil, vol. VI, núm. 1 (enero-marzo, 2019), Estudios.
 - DURÁN AYAGO, A.: “*Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, caso Mennesson c. France (n.º 65192/11) y caso Labassee c. France (n.º 65941/11), de 26 de junio de 2014. Interés superior del menor y gestación por sustitución*”, Reseñas de jurisprudencia, universidad de salamanca, (enero-junio 2014).
 - FERNÁNDEZ ECHEGARAY L.:” *La Gestación por sustitución*”, En “*La paternidad y maternidad en el siglo XXI*”, Edit. Comares, Granada, 2015, pág. 137.
 - FARNÓS AMORÓS, E.: “*Inscripción en España de la filiación derivada del acceso a la maternidad subrogada en California*” InDret Revista para el análisis del derecho, Barcelona, enero, 2010.
 - GARCÍA SAN JOSÉ, D.: “*La gestación por sustitución y las obligaciones emanadas para los Estados parte en el Convenio Europeo de Derechos Humanos: repercusiones en el ordenamiento jurídico español del activismo y de la autolimitación judicial del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en relación con la gestación por sustitución*”, Revista Española de Derecho Constitucional, 113, mayo-agosto (2018).
 - GONZÁLEZ VILAR, S.: “*Situación actual de la Gestación por sustitución*” Revista de Derecho UNED, núm. 14, 2014.
 - HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, A.: “*Determinación de la filiación de los nacidos en el extranjero mediante gestación por sustitución: ¿Hacia una nueva regulación en España?*”, Cuadernos de Derecho Transnacional (octubre 2014), Vol. 6, Nº 2.
 - JIMÉNEZ MUNOZ, F.J.: “*Una aproximación a la posición del tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre la gestación subrogada*”, R.E.D.S. núm. 12, enero-junio 2018.
 - JIMÉNEZ MARTÍNEZ, M.^a:” *La inscripción de la filiación derivada de la gestación por sustitución. Problemas actuales*” Anuario Facultad de Derecho – Universidad de Alcalá V (2012).

- LAMM, E.: “*Gestación por sustitución. Ni maternidad subrogada ni vientres de alquiler*” Edicions Universitat de Barcelona, 16 de diciembre, 2013, pág.17.
- LAMM, E.: “*Gestación por sustitución. Realidad y Derecho*” InDret revista para el análisis del Derecho, Barcelona, Julio, 2012, pág. 5.
- LAMM E.: “*Una vez más sobre gestación por sustitución, porque sin marco legal se siguen sumando violaciones a derechos humanos*” Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca, junio, 2016.
- MARCO ATIENZA, C.M.:” *Respuestas jurídicas en España ante la Gestación por sustitución*” Vol. 26 Extraordinario XXV Congreso 2016, comunicaciones.
- MERCADER UGUINA J.R.: “*La creación por el tribunal supremo de la prestación por maternidad subrogada: a propósito de las SSTs de 25 de octubre de 2016 y del 16 de noviembre de 2016*”, Cuadernos de Derecho Transnacional, marzo 2017, Vol. 9, Nº 1.
- MURGA FERNÁNDEZ, J.: “*La controvertida maternidad subrogada o gestación por sustitución: Status Quaestionis en el ordenamiento jurídico español y perspectivas de futuro*”, En “El mejoramiento humano avances, investigaciones y reflexiones éticas y políticas”, Edit. Comares, Granada, 2015.
- NAVARRO MARTÍNEZ, JÍMENEZ GONZÁLEZ, MARTÍN SÁNCHEZ Y AMOR PINILLOS CAPEL.: “Comentarios a la iniciativa legislativa popular de Gestación subrogada”, Revista Bioderecho.es, Vol. 1, núm. 1, 2014.
- NÚÑEZ BOLAÑOS M, Y NICASIO JARAMILLO I, Y PIZARRO MORENO E.: “*El interés del menor y los supuestos de discriminación en la maternidad subrogada, entre la realidad jurídica y la ficción*” Derecho Privado y Constitución, Núm. 29, 27 de noviembre, 2015.
- PEREZ MONGE, M.” *La filiación derivada de técnicas de reproducción asistida*” Madrid, 2002.
- PÉREZ MONGE, M.: “*Cuestiones actuales de la maternidad subrogada en España: regulación versus realidad*”, Revista de Derecho Privado, vol.94, 2010.
- PERTUSA RODRÍQUEZ, L.: “*Dimensión consular de la Gestación por sustitución en derecho internacional privado*” Revista de la Universidad Carlos III de Madrid, Cuadernos de Derecho Transnacional, 27 de julio, 2018.
- SALAS CARCELLER, A.: “*Gestación subrogada. Hacia una ley reguladora*”, Revista Aranzadi Doctrinal num.10/2017 parte Tribuna, Editorial Aranzadi, S.A.U., Cizur Menor. 2017.

- SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, C.: “*Gestación por sustitución: una realidad y dos soluciones en la experiencia jurídica española*”, *InDret revista para el análisis del Derecho de Barcelona*, octubre, 2018.
- SÁNCHEZ MARTÍNEZ M.^a: “*La Gestación por sustitución. Una consecuencia lógica de la libertad reproductiva o un caso dramático de las reproducciones asistidas*” Universidad de Cantabria, 27 de mayo, 2016 Número 36, Época II, enero 2017.
- SELMA PENALVA, A.: “*Los nuevos retos de la prestación por maternidad ante los avances médicos en materia de reproducción asistida*”, *Revista Bioderecho.es*, Vol. 1, núm. 1, 2014.
- TALÉNS VISCONTI, E.: “*La prestación de maternidad en los supuestos de gestación subrogada*” *Actualidad Jurídica Iberoamericana* Nº 9, agosto 2018.
- VELA SÁNCHEZ, A.J.:” *De nuevo sobre la regulación del convenio de gestación por sustitución o de maternidad subrogada en España. A propósito de la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 23 de noviembre de 2011*”, *Diario la Ley*, núm.7815, sección Doctrina, 9 de marzo, 2012.